Das gesetzliche Vorkaufsrecht im schweizerischen Recht

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

DORIS BINZ-GEHRING
von Bern und Niederwil SO

Herbert Lang Bern
Peter Lang Frankfurt/M.
1975

1973

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548121_0003

Doris Binz-Gehring

Das gesetzliche Vorkaufsrecht im schweizerischen Recht

Das gesetzliche Vorkaufsrecht im schweizerischen Recht

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von
DORIS BINZ-GEHRING
von Bern und Niederwil SO

Herbert Lang Bern
Peter Lang Frankfurt/M.
1975

Die Fakultät hat diese Arbeit am 8. November 1973 auf Antrag von Prof. Dr. P. Caroni als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

©
Herbert Lang & Cie AG, Bern (Schweiz)
Peter Lang GmbH, Frankfurt/M. (BRD)
1974. Alle Rechte vorbehalten.

Nachdruck oder Vervielfältigung, auch auszugsweise, in allen Formen wie Mikrofilm, Xerographie, Mikrofiche, Mikrocard, Offset verboten

Herrn Prof. Dr. P. Caroni danke ich für die Betreuung der Dissertation und insbesondere für die Freiheit, die er mir bei deren Ausarbeitung gelassen hat.

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis 13
Abkürzungsverzeichnis 19
Einleitung 23

1. Kapitel: ALLGEMEINES ZUM GESETZLICHEN VORKAUFSRECHT (g VKR)
§ 1 Begriffliche Grundlagen zum VKR 25
1. Begriff und Wesen des VKRs 25
2. Die Arten des VKRs 26
3. Die Preisbestimmung beim VKR 27

§ 2 Zur Rechtsnatur des g VKRs 29
1. Das g VKR als Verfügungsbeschränkung 29
1.1 Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung 29
1.2 Die Eigentumsbeschränkungen 30
1.3 Die Stellung des g VKRs im System der Eigentumsbeschränkungen 35
1.3.1 Verfügungsbeschränkung 35
1.3.2 Mittelbar oder unmittelbar gesetzliche Eigentumsbeschränkung? 37
2. Das g VKR als Gestaltungsrecht 38
3. Das g VKR als gesetzliche Realobligation 42
3.1 Zum Begriff der Realobligation 42
3.2 Gesetzliche und vertragliche Realobligationen 44
3.3 Das g VKR im besonderen 46

§ 3 Abgrenzung von verwandten Rechtsinstituten 49
1. Das rechtsgeschäftliche VKR 49
2. Kaufs- und Rückkaufsrecht 50
3. Der Kaufsvorvertrag 54
4. Das sog. "Verkaufsrecht" 55
5. Die Vorhand 56

2. Kapitel: ZUR GESCHICHTE DES g VKRs
§ 4 Dem g VKR verwandte Institute im römischen Recht 59

§ 5 Das g VKR im deutschen Recht 61
1. Frühzeit und Mittelalter 61
2. Auswirkungen der Rezeption 62
3. Die spätere Entwicklung in Deutschland 63

§ 6 Das g VKR in der Schweiz 66

3. Kapitel: DAS g VKR IN DEN KODIFIKATIONEN UNSERER NACHBARLAENDER
§ 7 Deutschland 71

§ 8 Oesterreich 73
§ 9 Frankreich 74
§ 10 Italien 76

4. Kapitel: DIE g VKRe DES SCHWEIZERISCHEN RECHTS
§ 11 Das g VKR der Miteigentümer 77
1. Begriff und Entstehung des Miteigentums 77
2. Der Zweck des Miteigentümervorkaufsrechts 79
3. Subjekte und Objekte des Miteigentümervorkaufsrechts 80
4. Die Regelung des VKRs in der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer 81
4.1 Motive der bundesrechtlichen Regelung 81
4.2 Die Ausgestaltung des durch die Stockwerkeigentümer vereinbarten VKRs 84
4.2.1 Die Form der Bestellung 84
4.2.2 Subjekte und Objekt 84
4.2.3 Die Stellung zwischen vertraglichem und g VKR 85

§ 12 Das g VKR im Baurechtsverhältnis 86
1. Einführung und Zweck von Art. 682 Abs. 2 ZGB 86
2. Subjekte und Objekt des VKRs 87
2.1 Gesetzliche Regelung 87
2.2 Problemstellung beim Bestande von Unterbaurechten 88
2.2.1 Zum Begriff des Baurechts 89
2.2.2 Zum Begriff des Unterbaurechts 90
2.2.3 Subjekte des VKRs 91
2.2.4 Objekte des VKRs 95

§ 13 Gesetzliche VKRe im Aktienrecht? 98
1. Das "g VKR" von Art. 686 Abs. 4 OR 98
1.1 Problemstellung und herrschende Meinung 98
1.2 Gedanken zu Art. 686 Abs. 4 OR 99
1.2.1 Zweck der Vinkulierungsbestimmung 99
1.2.2 Eigenschaften des Erwerbsrechts 102
1.2.3 Rechtsnatur des Erwerbsrechts: Kaufsrecht, VKR oder Vorhand? 102
2. Drittwirkung rechtsgeschäftlicher oder statutarischer VKRe an Namenaktien? 106
3. Schutz einzelner Aktiengesellschaften durch ein g VKR? 108

§ 14 Das bäuerliche VKR 110
1. Das g VKR im Entwurf zum BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (EGG) 110
2. Das g VKR im EGG 111
3. Die Eignung des bäuerlichen VKRs zur Verwirklichung agrarpolitischer Zwecke 113
4. Das bäuerliche VKR im Revisionsverfahren 116

4.1 Der VE V 1963, der VE 1969 und der E 1970 116
4.2 Stellungnahmen zum E 1970 120
4.3 Der E 1971 und der Stand des Revisionsverfahrens heute 121
5. Bemerkungen 124

§ 15 Die öffentlichen VKRe 126
1. Problemstellung 126
2. Bestehende und postulierte öffentliche VKRe 126
2.1 Oeffentliche VKRe auf Bundesebene 126
2.2 Oeffentliche VKRe der Kantone 127
3. Zum Begriff des öffentlichen VKRs 130
4. Zur Rechtsnatur des öffentlichen VKRs 130
5. Zum Inhalt öffentlicher VKRe 131
5.1 Die einzelnen Zielsetzungen 132
5.2 Rechtsstaatliche Schranken öffentlicher VKRe 132
5.3 Zweck, Eignung und Zulässigkeit öffentlicher VKRe 136
5.3.1 Der Zweck der Bekämpfung der Bodenspekulation und der Stabilisierung der Bodenpreise 136
5.3.2 Der Zweck der Bekämpfung der Wohnungsnot 137
5.3.3 Der Zweck der Förderung der Landes-, Regional- und Ortsplanung 138
5.3.4 Der Zweck der Verhinderung späterer Expropriation 139
5.3.5 Der Zweck des Landerwerbs für öffentliche Zwecke; Schaffung von Landreserven 139
5.3.6 Der Zweck der Sicherung des Subventionen ausschüttenden Gemeinwesens 140
5.3.7 Der Zweck der Erhaltung wertvoller Gegenstände des Natur- und Heimatschutzes 141
6. Andere VKRe des öffentlichen Rechts und anwendbares Recht 141

5. Kapitel: HANDHABUNG UND GRUNDBUCHLICHE BEHANDLUNG g VKRe
§ 16 Entstehung g VKRe 145

§ 17 Uebertragbarkeit und Vererblichkeit 147

§ 18 Die Geltendmachung g VKRe 148
1. Die Voraussetzungen 148
2. Der Vorkaufsfall 148
2.1 Vorbemerkungen 148
2.2 Der Vorkaufsfall im technischen Sinn 148
2.3 Sachverhalte, Handänderungen und Rechtsgeschäfte, die grundsätzlich keinen Vorkaufsfall darstellen 150
2.4 Kontroverse Fälle 151
2.4.1 Der Kaufsvorvertrag als Vorkaufsfall? 151
2.4.2 Der Kaufrechtsvertrag als Vorkaufsfall? 151
2.4.3 Der Baurechtsvertrag als Vorkaufsfall? 153
2.5 Besonderheiten des Vorkaufsfalles beim g VKR 154

2.5.1 Handänderungen, die keinen Vorkaufsfall darstellen 154
2.5.2 Die Zwangsvollstreckung als Handänderung, die beim g VKR einen Vorkaufsfall darstellt 157
2.6 Die Abänderung des Vorkaufsfalles 159
3. Die Mitteilungspflicht 160
3.1 Die Mitteilungspflicht bei den g VKRen von Art. 682 ZGB 160
3.1.1 Zur Person des Mitteilungspflichtigen 160
3.1.2 Inhalt und Form der Anzeige 163
3.2 Die Mitteilungspflicht nach dem EGG 163
3.3 Die Mitteilungspflicht bei öffentlichen VKRen 164
3.4 Gedanken zur Person des Mitteilungspflichtigen 165
4. Die Ausübungsfrist 168
4.1 Die Ausübungspflicht bei den g VKRen von Art. 682 ZGB 168
4.2 Die Ausübungspflicht nach dem EGG 169
4.3 Die Ausübungspflicht bei öffentlichen VKRen 170
4.4 Bemerkungen 171
5. Die Ausübungserklärung 171
5.1 Allgemeines 171
5.2 Gemeinschaftliche Berechtigung mehrerer Personen 172
5.3 Der Adressat der Ausübungserklärung 176
5.4 Zum Sachverhalt im Agrarrecht 177
5.5 Zum Sachverhalt bei den öffentlichen VKRen 177
6. Die Wirkungen der Ausübungserklärung 178
6.1 Allgemeines 178
6.2 Der Vorkauf zwischen Vorkaufsberechtigtem und Veräusserer 180
6.3 Der Vorkauf zwischen Vorkaufsberechtigtem und Drittem 181
6.4 Die Auslegung des Kaufvertrags von Veräusserer und Drittem 187

§ 19 Die Abänderung g VKRe 188
1. Die Arten der Abänderung 188
1.1 Zur Limitierung im besonderen 188
1.2 Zu den erweiternden Modifikationen im besonderen 191
2. Die Abänderung der g VKRe des ZGB 193
2.1 Form und grundbuchliche Behandlung 193
2.2 Die Legitimation zur Anmeldung und Löschung der Vormerkung 194
3. Die Abänderung des bäuerlichen VKRs 195
4. Die Abänderung öffentlicher VKRe 195

§ 20 Der Untergang g VKRe 197
1. Vergleich mit den rechtsgeschäftlichen VKRen 197
2. Einzelne Untergangstatbestände 198
2.1 Untergang des Vorkaufsobjekts 198
2.2 Wegfall des Grundverhältnisses 199
2.3 Vertragliche Aufhebung g VKRe des Privatrechts 199

§ 21 Konkurrenzprobleme 202
1. Intertemporales Recht 202
2. Verhältnis g VKRe zu beschränkten dinglichen Rechten 204
3. Verhältnis g VKRe zu rechtsgeschäftlichen VKRen 204
4. Verhältnis g VKRe untereinander 205
4.1 Vorbemerkungen 205
4.2 Konkurrenz mehrerer Ansprecher aus gleichen g VKRen 206
4.3 Konkurrenz mehrerer Ansprecher aus verschiedenen g VKRen 208
4.3.1 Verhältnis der g VKRe von Art. 682 Abs. 1 und 2 ZGB zueinander, wenn das belastete Grundstück oder das Baurecht im Miteigentum stehen 208
4.3.2 Verhältnis der g VKRe von Art. 682 ZGB zum bäuerlichen VKR 210

LITERATURVERZEICHNIS

Die mehrfach verwendeten Werke werden nur mit dem Namen des Autors zitiert; bei mehreren Werken des gleichen Autors wird der abgekürzte Titel beigefügt. Nur einmal herangezogene Werke sind im Literaturverzeichnis nicht angeführt.

Allgäuer Oskar, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht nach dem ZGB, Diss. Zürich 1918

Aubert Jean François, Du renchérissement foncier, ZSR 83 (1964) II. Halbband, S. 1ff.

Bär Rolf, Ist die Begründung eines Bau- oder eines Kaufsrechts ein Vorkaufsfall?, Bern. Notar 21 (1960) 89ff.

Becker Hermann, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. IV, OR, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), 2. Aufl., Bern 1941

Besson C., La propriété par étages, ZBGR 40 (1959) 336ff.

Brenner Hanspeter, Das Vorkaufsrecht an beweglichen Sachen und Wertpapieren, Diss. Basel 1951 (in Maschinenschrift)

Burckhardt Walter, Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939

- Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Basel 1972

Bürgi Wolfhart, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. V, OR, 5. Teil: Die AG, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697), Zürich 1957

Caroni Pio, Il riscatto della proprietà per piani originaria nel diritto ticinese, in Repertorio di giurisprudenza patria, vol. 105, Studi in onore Peter LIVER, Bellinzona 1972, S. 9ff.

Caroni - Rudolf Karin, Der Notweg, ASR N.F. 387, Diss. Bern 1969

Deschenaux Henri, Les obligations dites réelles et leurs rapports avec le registre foncier, ZBGR 43 (1962) 282ff.

- Les restrictions légales de la propriété foncière et le registre foncier, ZBGR 38 (1957) 321ff.

- Obligationes propter rem, in Festgabe für Max GUTZWILLER, Basel 1959, S. 711ff.

Ebert Arnold, Die gesetzlichen Vorkaufsrechte nach dem Bundesbaugesetz, NJW 14 (1961) 1430ff.

- Gesetzliche Vorkaufsrechte der öffentlichen Hand, NJW 9 (1956) 1621ff.

Eggen Gerhard, Die Revision der Baurechtsdienstbarkeit, SJZ 58 (1962) 241ff.

- Das BG vom 19. März 1965 über das Baurecht und den Grundstücksverkehr, ZBGR 46 (1965) 269ff.

Ferid Murad, Das französische Zivilrecht, Bd. I, Frankfurt am Main/Berlin 1971

Freimüller Hans-Ulrich, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, ASR N.F. 380, Diss. Bern 1967

Frick Hans Wolfgang, Die Näher- und Zugrechte in den Kantonen Bern, Aargau, Solothurn und Luzern, Diss. Bern 1949

Friedrich Hans-Peter, Die Wiedereinführung des Stockwerkeigentums in der Schweiz, ZSR 75 (1956) 1aff.

- Stockwerkeigentum und Grundbuch, ZBGR 45 (1964) 321ff.

- Zur sozialdemokratischen Verfassungsinitiative betreffend Bekämpfung der Bodenspekulation, WR 16 (1964) 85ff.
- Das Stockwerkeigentum, Reglement für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Bern 1965
- Praktische Fragen im Zusammenhang mit der Begründung des Stockwerkeigentums, ZBGR 47 (1966) 321ff.
- Die Neuordnung des Baurechts im ZGB, BJM 1966, S. 1ff.
- Zur Revision des bäuerlichen Zivilrechts, BlAR 1971, S. 15ff.

Giacometti Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Bd. 1, Zürich 1960

Gierke Otto von, Deutsches Privatrecht, Bd. II, München 1905

Glauser Max, Das öffentliche Vorkaufsrecht, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, N.F. 315, Diss. Zürich 1969

Guhl Theo, Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung, in Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Bern für das schweizerische Bundesgericht, Bern 1924

- Das schweizerische OR, 5. Aufl., Zürich 1956

Guhl/Merz/Kummer, Das schweizerische OR, 6. Aufl., Zürich 1972

Haab Robert, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. IV, Sachenrecht (Art. 641-725), 2. Aufl., Zürich 1929-1958 (in Lieferungen)

Heer K., Die neue Stockwerkeigentumsordnung, ZBGR 40 (1959) 343ff.

Henrich Dietrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, in Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 32, Berlin und Tübingen 1965

Homberger A., Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. IV, Sachenrecht, III. Abt. (Art. 919-977), Zürich 1938

Huber Eugen, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 4 Bde., Basel 1886/1888/1889/1893

- Zum schweizerischen Sachenrecht, 3 Vorträge mit Anmerkungen, ASR N.F. 58, Bern 1914
- ZGB. Erläuterungen zum Vorentwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartements, 2 Bde., 2. Aufl., Bern 1914 (zitiert: Erl.)

Huber Hans, Oeffentlichrechtliche Gewährleistung, Beschränkung und Inanspruchnahme privaten Eigentums in der Schweiz, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heft 34, Köln/Berlin 1960, S. 49ff.

- Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Bd. I, (Art. 6 ZGB), Bern 1966

Hübner Rudolf, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Leipzig 1930

Jaeger Eduard, Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht, Diss. Tübingen 1893

Jäggi Peter, Der Erwerb von Namenaktien durch Rechtsgeschäft oder Erbgang, SAG 23 (1950/51) 193ff.

- Ueber das vertragliche Vorkaufsrecht, ZBGR 39 (1958) 65ff.

Jenny Franz-Eugen, Das bäuerliche VKR nach dem BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, Diss. Freiburg 1955

Jenny Franz, Das Gesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, SJZ 49 (1953) 37ff., 53ff.

Jost Arthur, Handkommentar zum BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951, Bern 1953
- Die Realobligation, Bern 1956
- Die bäuerlichen Vorkaufsrechte in den Revisionsbestrebungen, ZBl 69 (1968) 439ff. und BlAR 1968, S. 15ff.
Jucker Waldemar, Unsere Boden-Initiative, Gewerkschaftliche Rundschau 55 (1963) 65ff.
Kaufmann Otto, Vor der Revision des schweizerischen landwirtschaftlichen Bodenrechts, WR 15 (1963) 1ff.
- Les modifications du droit civil rural selon le message du Conseil fédéral du 29. avril 1970, BlAR 1971, S. 1ff.
Kummer Max, Die Eignung der AG für die Erhaltung der Familienunternehmung, in Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, Berner Tage für die juristische Praxis, 1970, Bern 1972, S. 110ff.
Leemann Hans, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. IV, Sachenrecht, I. Abt. (Art. 641-729) und II. Abt. (Art. 730-918), 2. Aufl., Bern 1920/21
Lehner Othmar, Die rechtliche Struktur und die Hauptarten der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte, SJZ 50 (1954) 73ff.
Leuenberger J., Vorlesungen über das bernische Privatrecht, 2 Bde., Bern 1850-54
Liver Peter, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. IV, Sachenrecht (Art. 730-792), 2. Aufl., Zürich 1968
- Fragen des neuen landwirtschaftlichen Bodenrechts, ZSR 68 (1949) 31ff.
- Stockwerkeigentum - Umwandlung und Neubegründung, ZBGR 35 (1954) 3ff.
- Ueber die Baurechtsdienstbarkeit, ZBJV 94 (1958) 377ff. und in Privatrechtliche Abhandlungen, S. 391ff.
- Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen und Dienstbarkeiten in der Gesetzgebung und Lehre Frankreichs, Deutschlands, der Schweiz und Italiens, in Festschrift für Max GUTZWILLER, Basel 1959, S. 749ff.
- Bericht zur Revision der Bestimmungen des ZGB über das Baurecht und Erläuterungen zum Vorentwurf, o.O. 1959 (in Maschinenschrift)
- Die Realobligation. Ihre klassifikatorische Bedeutung und praktische Verwendbarkeit, ZBGR 43 (1962) 255ff.
- Ueber die öffentliche Beurkundung der zur Begründung und Ausübung eines Kaufsrechts erforderlichen Willenserklärungen, Bern. Notar 22 (1961) 41ff.
- Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, in Gedächtnisschrift Ludwig MARXER, Zürich 1963, S. 143ff. und in Privatrechtliche Abhandlungen, S. 239ff.
- Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung, in Gedenkschrift für Franz GSCHNITZER, Innsbruck 1963, S. 247ff. und in Privatrechtliche Abhandlungen, S. 149ff.
- Gemeinschaftliches Eigentum, ZBJV 100 (1964) 261ff.
- Die Revision des bäuerlichen Privatrechts, ZBl 71 (1970) 161ff.
- Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers, Bern 1972
Meier-Hayoz Arthur, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. IV, Sachenrecht, Systematischer Teil und I. Abteilung, 3. Aufl.; erschienen bis

heute 1. Teilband (Syst. Teil und Art. 641-654), Bern 1966; 2. Teilband, Grundeigentum I (Art. 655-679), Bern 1964; 3. Teilband, Grundeigentum II, I. Lieferung (Art. 680-683), Bern 1967
- Zum Vorkaufsrecht, ZBJV 92 (1956) 297ff.
- Zum Bodenproblem, ZBGR 45 (1964) 1ff.
- Der Vorkaufsfall, ZBGR 45 (1964) 257ff.
- Die kantonalzürcherische Initiative gegen die Bodenspekulation vom Jahre 1962, ZBl 65 (1964) 1ff., 33ff.

Mengiardi Reto, Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen und Stockwerkeigentumseinheiten, ASR N.F. 415, Diss. Bern 1972

Merz Hans, Zur zeitlichen Begrenzung der Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte, in Festgabe für August SIMONIUS, Basel 1955, S. 235ff.
- Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Bd. I (Art. 2 ZGB), Bern 1966

Oser/Schönenberger, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. V, OR, 1. Halbband (Art. 1-183), 2. Halbband (Art. 184-418), 2. Aufl., Zürich 1929/1936

Ostertag Fritz, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Sachenrecht, III. Abt. (Art. 919-977), 2. Aufl., Bern 1917

Pestalozzi-Henggeler Regula, Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, N.F. 142, Aarau 1948

Roth Urs, Samuel Ludwig Schnell und das CGB für den Kanton Bern von 1824-1830, Diss. Bern 1948

Ruedin Roland, Le droit réel de superficie, Neuchâtel 1969

Salzgeber-Dürig Erika, Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, N.F. 345, Diss. Zürich 1970

Schluep Walter, Die wohlerworbenen Rechte der Aktionäre und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen, Reihe A, Heft 42, Zürich und St. Gallen 1955
- Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964

Schmid Hans Peter, Das Vorkaufsrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 7, Basel 1934

Schneeberger Paul, L'avant-projet relatif à la révision des dispositions du CCS sur le droit de superficie, ZBGR 41 (1960) 268ff.

Sieber Hugo, Die Bodenspekulation und ihre Bekämpfungsmöglichkeiten, WR 9 (1957) 73ff.
- Die Bodenrechtsinitiative, Bern 1963

Simonius August, Das Vorkaufsrecht des ZGB, ZSR 39 (1920) 303ff.

Staudinger J. von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil (§§433-610), 11. Aufl., Berlin 1955; Bd. III, Sachenrecht, 2. Teil (§§1018-1296), 11. Aufl., Berlin 1963; Bd. V, Erbrecht, 1. Teil (§§1922-2196), 11. Aufl., Berlin 1954

Steinhauser Alois, Das Zugrecht nach den bündnerischen Statutarrechten, Diss. Bern 1896

Stoecklin Joseph, Die Begründung von Baurechten unter Bedingungen und Auf-

lagen sowie Beschränkungen des Inhalts und der Uebertragbarkeit, ASR N.F. 321, Bern 1956

v. Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des schweizerischen OR, 2 Bde., 2. Aufl., Zürich 1942/44

Walch Carl Friedrich, Das Näherrecht, 2. Aufl., Jena 1875

Wiederkehr Alphons, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers, Diss. Zürich 1936

Witt Günther, Das Baurecht, Eine rechtsvergleichende Betrachtung, insbesondere des schweizerischen und des deutschen Baurechts, Basel 1965

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

(Allgemeines, Zeitschriften, Materialien)

a	alt; frühere Fassung eines Gesetzes (z.B. a EGG)
a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Oesterreich, vom 1. Juni 1811
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AG	Aktiengesellschaft
a.M.	anderer Meinung
Amtl Bull NR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat; ersetzt seit 1963 das stenographische Bulletin
Amtl Bull StR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat; ersetzt seit 1963 das stenographische Bulletin
Anl.	Anleitung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Eidgenössische Gesetzessammlung (Bern 1848ff.), seit 1948: "Sammlung der eidgenössischen Gesetze"
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (begründet von Prof. Dr. Max GMUER, fortgesetzt durch Prof. Dr. Theo GUHL, hgg. von Prof. Dr. Hans MERZ; Verlag Stämpfli & Cie., Bern)
Aufl.	Auflage
BB	Bundesbeschluss (Beschluss der schweizerischen Bundesversammlung)
BBauG	Deutsches Bundesbaugesetz, vom 23. Juni 1963
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
Bde.	Bände
Bern. Notar	Der Bernische Notar, Zeitschrift (bis 1960 Mitteilungen) des Verbandes bernischer Notare (Thun 1940ff.)
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz (mit Datum der Annahme durch die Bundesversammlung)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 18. August 1896
BGBl	Bundesgesetzblatt für die Republik Oesterreich
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung (Lausanne 1875ff.)
BGer	Bundesgericht
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Detmold 1951ff.)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel 1954ff.)

BlAR	Blätter für Agrarrecht (Zürich 1967ff.)
BlZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich 1902ff.)
BR	Bundesrat
BRB	Bundesratsbeschluss
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 29. Mai 1874
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess, vom 4. Dezember 1947
bzw.	beziehungsweise
CCfr	Code civil français, vom 21. März 1804
CCit	Codice civile italiano, vom 16. März 1942
CGB	Civilgesetzbuch, kantonales
Diss.	Dissertation
E	Entwurf
EG	Kantonales Einführungsgesetz (z.B. EG z ZGB)
EGG	Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, vom 12. Juni 1951
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EntG	Bundesgesetz über die Enteignung, vom 20. Juni 1930 (Enteignungsgesetz)
Erl	Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (von Eugen HUBER), 2 Bde., 2. Aufl., Bern 1914
Exp Komm	Expertenkommission
f. (ff.)	und nächstfolgende Seite(n) bzw. nächstfolgende(r) Artikel
G	Gesetz
GBV	Verordnung betreffend das Grundbuch, vom 22. Februar 1910
gem.	gemäss
g VKR	gesetzliches Vorkaufsrecht
hgg.	herausgegeben
i.a.	im allgemeinen
i.S.	im Sinne
Jh.	Jahrhundert
LEG	Bundesgesetz über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen, vom 12. Dezember 1940
m.a.W.	mit andern Worten
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (Bern 1903ff.)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Hamburg 1947ff.)
N.	Note (Fussnote oder Randnote)
N.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München und Berlin 1948ff.)
Nr.	Nummer
OGer	Obergericht
OLG	Deutsches Oberlandesgericht
o.O.	ohne Ortsangabe
OR	Schweizerisches Obligationenrecht = Bundesgesetz über das Obligationenrecht, vom 30. März 1911/18. Dezember 1936

Pr	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts (Basel 1912ff.)
Prot Exp Komm ZGB	Protokoll der Expertenkommission für das ZGB, 3 Bde. (autographisch vervielfältigter Text)
Prot Exp Komm OR	Protokoll der Expertenkommission für die Revision der Titel 24-33 des schweiz. OR, 1928
Rep	Repertorio di Giurisprudenza patria (Bellinzona 1869ff.)
RGZ	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig 1880-1943)
RR	Regierungsrat
S.	Seite
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich 1928ff.)
SchKG	Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889/28. September 1949
SchlT	Schlusstitel
Sem. jud.	La Semaine Judiciaire (Genf 1879ff.)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich 1904ff.)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts gem. dem Bundesgesetz vom 6. Okt. 1966 über die Herausgabe einer neuen bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
Sten Bull NR	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (bis 1963); Nationalrat
Sten Bull StR	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (bis 1963); Ständerat
StWE	Stockwerkeigentum
System. Teil	Systematischer Teil im 1. Teilband des Kommentars MEIER-HAYOZ zum Sachenrecht
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
usf.	und so fort
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
VE	Vorentwurf
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (Bern 1927ff.)
VKR	Vorkaufsrecht
VO	Verordnung
VZG	Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, vom 23. April 1920
WEG	Deutsches Wohnungseigentumsgesetz, vom 15. März 1951
WR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechts (Zürich 1949ff.)
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil 1920ff.)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern 1865ff.)
Zbl	Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich 1900ff.)

Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (N.F. Basel 1882ff.)

EINLEITUNG

Anlass zur Darstellung der gesetzlichen Vorkaufsrechte des schweizerischen Rechts war die Themenstellung durch meinen verehrten Lehrer an der Universität Bern, Herrn Prof. Dr. P. LIVER. Da im weiteren Prof. MEIER-HAYOZ in seiner grundlegenden Studie über das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht im Jahre 1956 das Institut des Vorkaufsrechts als "eine verwahrloste Pflanze im Garten der schweizerischen Gesetzgebung" bezeichnete (ZBJV 92 (1956) 297) und Prof. FRIEDRICH vor kurzem in einem Vortrag zur Revision des bäuerlichen Zivilrechts die Integration aller Vorkaufsrechte in das kodifizierte Zivilrecht postulierte und erklärte, "eine Flurbereinigung sei nicht nur im Felde, sondern auch im Bereiche der gesetzlichen Vorkaufsrechte fällig" (ZBGR 51 (1970) 294/95), dürfte die Aktualität der Fragestellung nicht zur Diskussion stehen. Im Verlaufe der Arbeit hat sich indessen gezeigt, dass eine solche "Flurbereinigung" kaum Sache einer Monographie sein kann, sondern dass sie vielmehr Gesetzesänderungen und damit die Zusammenarbeit von Juristen und Politikern erfordern wird. Die vorliegende Arbeit hat jedoch ihren Zweck erreicht, wenn es gelungen ist, die gesetzlichen Vorkaufsrechte des schweizerischen Rechts vorzustellen, sie mit ähnlichen Instituten, insbesondere mit dem rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrecht, zu vergleichen und offene Fragen und Lücken in der Gesetzgebung aufzuzeigen. Von einer "Flurbereinigung" auf dem Gebiete der gesetzlichen Vorkaufsrechte kann somit leider noch keine Rede sein, doch dürfte die Zusammenstellung dem Juristen, der sich mit der Materie zu befassen haben wird, als Vorarbeit dienen und ihm den Ueberblick über den gegenwärtigen Stand von Lehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung im Zusammenhang mit gesetzlichen Vorkaufsrechten des privaten und des öffentlichen Rechts erleichtern.

Die Arbeit wurde im August 1973 beendet.

1. Kapitel:

ALLGEMEINES ZUM GESETZLICHEN VORKAUFSRECHT (G VKR)

§ 1 BEGRIFFLICHE GRUNDLAGEN ZUM VKR

1. Begriff und Wesen des VKRs

Ein VKR ist ein subjektives Recht, das "dem Berechtigten die Befugnis verleiht, durch eine einseitige, vorbehalt- und bedingungslose Erklärung gegenüber dem Verpflichteten eine Sache, beispielsweise ein Grundstück, zu erwerben, sofern der Verpflichtete diese Sache einem Dritten verkauft" (1).

Ein VKR beruht auf Gesetzesvorschrift, Statutenbestimmung oder auf vertraglicher Abrede (2). Es gehört zur Gruppe der Einlösungs- oder Vorzugsrechte (3), da es dem Berechtigten eine privilegierte Stellung gegenüber jedem Dritten einräumt, der die betreffende Sache gegen Entgelt erwirbt. Dies kommt im romanischen Sprachgebrauch deutlich zum Ausdruck. Das französische Recht kennt die Bezeichnungen "pacte de préférence" und "droit de prélation" (4); der französische Text des ZGB spricht vom "droit de préemption", die italienische Fassung des ZGB und der Codice civile italiano vom "diritto di prelazione". Auch die alte deutsche Bezeichnung "Näher-, Zug- oder Retraktrecht" (5) weist klar auf die besondere "Vor-Zugs-Stellung" des Berechtigten hin; die heute im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht geläufige Bezeichnung "Vorkaufsrecht" charakterisiert jedoch das Rechtsinstitut in seiner modernen Ausgestaltung besser, in seiner Eigenart nämlich, dem Berechtigten den Kauf einer Sache zu sichern, und den Belasteten grundsätzlich nur beim Verkauf der Sache, nicht bei jeder Entäusserung, zu verpflichten (6).

Die mittelalterlichen Vorläufer des heutigen Instituts, die Näherrechte des deutschen Rechts, spiegelten das soziale Gefüge der damaligen Rechtsordnung wider und dienten vornehmlich der Erhaltung von Familienvermögen und Grundherrschaft. Heute ist das rechtsgeschäftliche VKR ein Instrument, das der einzelne zur Gestaltung der ihn umgebenden Rechtsverhältnisse benutzt, ein Instrument zur Verwirk-

---

1) GUHL/MERZ/KUMMER, S. 300 mit Hinweisen auf BGE 81 II 239 und BJM 1961, S. 306.
2) GUHL/MERZ/KUMMER, a.a.O.
3) Andere Vorzugsrechte sind das Vortauschrecht, das Vormietrecht und das Vorpachtrecht; siehe MEIER-HAYOZ, N. 38 zu Art. 681 ZGB mit Hinweisen auf Literatur und Praxis.
4) FERID, S. 601, 2 F 132; vgl. unten, § 9, S. 74, Anm. 1.
5) Vgl. dazu § 5, S. 62.
6) SCHMID, S. 6f.

lichung persönlicher Interessen im Rahmen der Privatautonomie: Durch vertragliche Bestellung eines VKRs sichert er sich das Eigentum an einer Sache für den Fall, dass sie einmal verkauft werden wird; durch letztwillige Verfügung gibt er dem Legatar die Möglichkeit, eine Sache aus seinem Nachlass vorzugsweise durch Kauf an sich zu ziehen, sobald sie der Erbe veräussert (7). Demgegenüber stellt das g VKR als gesetzliche Verfügungsbeschränkung ein Rechtsinstitut dar, von dem wohl nicht kategorisch behauptet werden darf, es diene lediglich den privaten Interessen einzelner (8). Zwar gestattet das Miteigentümervorkaufsrecht dem einzelnen Miteigentümer, durch Aufkauf der übrigen Anteile Alleineigentümer zu werden, und das VKR im Baurechtsverhältnis begünstigt die Vereinigung von Grundstück und Baurecht in einer Hand (9); die Gemeinschaft der Miteigentümer oder der am Baurechtsverhältnis beteiligten Personen wird durch das VKR also nicht vor Auflösung geschützt. Sie wird aber in ihrem personellen Bestande geschützt, indem das Eindringen unliebsamer Dritter und daraus entstehende Unstimmigkeiten verhindert werden. Insofern lassen nicht nur die g VKRe des öffentlichen Rechts, sondern auch die privatrechtlichen g VKRe des ZGB soziale Zielsetzungen erkennen, ganz abgesehen davon, dass die durch g VKRe geförderte Transparenz der Eigentumsverhältnisse an Grundstücken im Interesse der Allgemeinheit liegt. Aufgefasst als gesetzliche Eigentumsbeschränkung engt das g VKR den Umfang der Befugnisse des Grundeigentümers nach bestimmten Richtungen hin ein (10). Da im Rechtsstaat Rechte und Freiheiten des einzelnen ihre Schranke an den entsprechenden Rechten und Freiheiten seines Mitbürgers finden, dient das g VKR insoweit, vom Gesetzgeber zweckmässig eingesetzt, wie alle übrigen Eigentumsbeschränkungen der von KANT vom Recht als sozialer Ordnungsmacht (11) geforderten und hervorgehobenen Funktion der Abgrenzung der Willenssphären (12).

2. Die Arten der VKRe

Nach der Art des Begründungsaktes unterscheiden wir die rechtsgeschäftlichen oder

---

7) Zur Abgrenzung vom bedingten Kaufsrecht siehe unten, § 3, S. 53ff. und § 18, S. 159.

8) SCHMID, S. 7.

9) MEIER-HAYOZ, N. 11 zu Art. 682 ZGB; vgl. auch BGE 42 II 28 und SCHMID, a.a.O.; unten, § 11, S. 79 und § 12, S. 87.

10) Vgl. unten, § 2, S. 32 und 35ff.

11) Zu diesem Thema MERZ Hans, Das Recht als soziale Ordnungsmacht, Bern 1964.

12) KANT, Metaphysik der Sitten, Philosophische Bibliothek Bd. 42, Hamburg 1959, Einleitung in die Rechtslehre, § B, S. 34/35. Kritisch dazu WIEACKER Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 620ff.: Er sieht die Legitimation der Privatrechtsordnung vor dem öffentlichen Bewusstsein des 20. Jh.s in der Solidarität, d.h. dem Einstehen der öffentlichen Gewalt, der Gesellschaft und jedes einzelnen für die soziale Existenz und den Wohlstand jedes anderen Gesellschaftsgliedes.

gewillkürten von den gesetzlichen VKRen. Die rechtsgeschäftlichen VKRe entstehen entweder durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (vertraglich, statuarisch oder gemäss Art. 712c Ziff. 1 ZGB auf einseitigem Rechtsgeschäft beruhend) oder durch Rechtsgeschäft von Todes wegen (letztwillige Verfügung oder Erbvertrag) (13).

Nach der Art des Vorkaufsobjekts werden die Immobiliar- und die Mobiliarvorkaufsrechte unterschieden, also die VKRe an Grundstücken gemäss Art. 655 ZGB und die VKRe an beweglichen Sachen. Je nach Art der grundbuchlichen Behandlung der rechtsgeschäftlichen Immobiliarvorkaufsrechte sind weiter die im Grundbuch vorgemerkten und die nicht vorgemerkten VKRe auseinanderzuhalten (14).

Nach der Art der Beziehung zur berechtigten Person können Personal- und Realvorkaufsrechte unterschieden werden. Steht das Recht einer bestimmten Person zu, handelt es sich um ein Personalvorkaufsrecht, steht es dem jeweiligen Inhaber eines Grundstücks zu, um ein Realvorkaufsrecht (15).

Je nach der Art der Kaufpreisbestimmung haben wir es mit einem limitierten bzw. qualifizierten oder einem illimitierten bzw. einfachen oder gewöhnlichen VKR zu tun (16). Obwohl die Limitierung beim g VKR eine untergeordnete Rolle spielt, ist aus begrifflichen Gründen kurz darauf einzutreten.

3. Die Preisbestimmung beim VKR

Limitierung heisst Begrenzung des Preises. Das Gesetz räumt einem Vorkaufsberechtigten im Normalfall nur ein illimitiertes, einfaches oder gewöhnliches VKR ohne nähere Bestimmung des Preises ein. Der Vorkaufsberechtigte hat im Vorkaufsfall die Sache zu dem Preis zu übernehmen, den ein Dritterwerber mit dem Vorkaufsbelasteten vereinbart und u.U. schon entrichtet hat. Der Vorkaufspreis ist daher von Gesetzes wegen stets auch ohne vorherige Abrede bestimmbar (17).

Werden der Preis und eventuell auch andere Vorkaufsbedingungen von den Parteien im voraus festgelegt, spricht man von einem limitierten oder qualifizierten VKR (18). Solche Preisfestsetzungen trifft man vorwiegend beim rechtsgeschäftlichen VKR; beim g VKR sind sie aus mehreren Gründen unerwünscht (19). Die Begrenzung des Preises kann auf verschiedenste Arten erfolgen, einmal durch Festsetzung eines zahlenmässig bestimmten Betrages oder durch Festsetzung eines bestimmten Be-

---

13) MEIER-HAYOZ, N. 20 zu Art. 681 ZGB; unten, § 3, S. 49.
14) MEIER-HAYOZ, N. 21 und 23 zu Art. 681 ZGB; unten a.a.O.
15) MEIER-HAYOZ, N. 24 zu Art. 681 ZGB.
16) MEIER-HAYOZ, N. 22 zu Art. 681 ZGB.
17) Art. 681 gilt, soweit er sich nicht speziell auf die Vormerkung bezieht, auch für die VKRe von Art. 682 ZGB (BGE 42 II 34/35; 56 II 172 E. 2; 73 II 165 E. 3; 83 II 519; 89 II 446) sowie mangels abweichender Regelung u.E. auch für die g VKRe des öffentlichen Rechts; vgl. dazu § 15, S. 142f.
18) MEIER-HAYOZ, N. 22 zu Art. 681 ZGB.
19) Vgl. unten, § 19, S. 188f.

rechnungsmodus' im Zeitpunkt des Vorkaufsfalles. Eine sachgerechte Preisbestimmung versprechen sich die Parteien des öftern durch das Urteil eines Experten; bei Immobilien können künftiger Steuer- oder Versicherungswert die Berechnungsgrundlage bilden. Da eine Limitierung des VKRs stets anzunehmen ist, wenn die Preisvereinbarung zwischen Vorkaufsverpflichtetem und Dritterwerber den Vorkaufsberechtigten nicht berührt, darf auch die Preisermittlung durch freiwillige Steigerung unter mehreren vorkaufsberechtigten Personen als Limitierung betrachtet werden (20).

Genauer ist zu unterscheiden zwischen absolut und relativ limitiertem Preis. Als absolut limitiert gilt der Preis, wenn er zum voraus ziffernmässig derart bestimmt ist, dass er im Zeitpunkt des Vorkaufsfalles vom effektiven Wert des Verkaufsobjekts erheblich abweichen kann. Durch diese Art der Preisbestimmung wird der Vorkaufsberechtigte von einem Liebhaberpreis, den ein Dritter für die Sache anbietet, unabhängig, doch enthält eine solche Vereinbarung heute, im Zeitalter der Inflation und Währungsunsicherheit, immer ein spekulatives Element im Verhältnis zwischen Vorkaufsbelastetem und Vorkaufsberechtigtem. Je nach Entwicklung des allgemeinen Preisniveaus wird der eine oder der andere eine finanzielle Einbusse erleiden bzw. einen Gewinn verbuchen können. Anders beim relativ limitierten Preis, der erst im Zeitpunkt des Vorkaufsfalles bestimmt wird, sei es durch einen Sachverständigen oder durch eine auf die tatsächlichen Wertverhältnisse abstellende Berechnungsart: Dieser relativ limitierte Preis entspricht im allgemeinen annähernd dem wirklichen Wert des Vorkaufsobjektes im Zeitpunkt der Handänderung und lässt - im Unterschied zum Preis, der beim illimitierten VKR von einem Liebhaber als Dritterwerber offeriert wird - einen allfälligen Affektionswert ausser acht. Gemessen an einem objektiven Massstab kann somit der relativ limitierte Preis als "gerechter Preis" bezeichnet werden (21); doch es ist nicht zu übersehen, dass eine relative Preislimitierung durch Gesetz einen erheblichen Eingriff in die Freiheit des Eigentums bedeutet, äussert sich doch aus wirtschaftlicher Sicht die Freiheit des Eigentums nicht zuletzt auch in der Befugnis, eine Sache eben zum Liebhaberpreis zu verkaufen und einen Gewinn einzuheimsen (22).

---

20) SALZGEBER-DUERIG, S. 27.

21) SALZGEBER-DUERIG für die Preisbestimmung bei Aktien, S. 28.

22) Relative Preislimitierungen durch Gesetz finden sich vereinzelt bei öffentlichen VKRen (Beispiele in § 9, S. 75 und § 15, S. 128). Zu den Anforderungen an die Verfassungsmässigkeit vgl. unten, § 15, S. 135.

§ 2 ZUR RECHTSNATUR DES G VKRs

Beim g VKR handelt es sich um eine Verfügungsbeschränkung in Form eines Gestaltungsrechts, das auf einer gesetzlichen Realobligation beruht (1). Diese Ansicht darf heute als herrschende Lehre betrachtet werden. Da sie sich aber erst vor wenigen Jahren durchgesetzt hat, ist ein weiteres Ausholen zur Darstellung der einzelnen Begriffe unumgänglich.

1. Das g VKR als Verfügungsbeschränkung

1.1 Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung

Vorauszuschicken ist, dass wir Eigentumsbegriff und Eigentumsinhalt als zwei verschiedene Wesensgehalte verstehen. Der Begriff des Eigentums ist abstrakt zu fassen, d.h. unabhängig vom Inhalt des Eigentums zu bestimmen, was bewirkt, dass er sich auf alle möglichen konkreten Ausgestaltungen des Eigentums, auf unterschiedliche Eigentumsordnungen, anwenden lässt (2).

"Seinem Begriffe nach ist das Eigentum die totale unmittelbare Sachherrschaft" (3). Seinem Begriffe nach ist das Eigentum schrankenlos. Es verträgt aber Beschränkungen, und praktisch sind wohl in jeder Rechtsordnung solche nachzuweisen, was aber am Eigentumsbegriff nichts ändert. Die von SCHULZ für das römische Recht aufgestellte Definition des Eigentums als "dasjenige dingliche Recht an einer körperlichen Sache, das dem Berechtigten generell alle Befugnisse über die Sache zuweist, soweit sie nicht durch die Rechtsordnung oder durch rechtsgeschäftliche Akte speziell ausgenommen werden" (4), gilt ebenso für das deutsche Privatrecht wie für die modernen kontinentalen Rechte (5). Das Eigentum hat nun aber in jeder Rechtsordnung einen Inhalt, der durch die Normen des objektiven Rechtes bestimmt und durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen weiter eingeschränkt werden kann. Inhaltlich unterscheidet sich das Eigentum somit von Land zu Land und von Zeit zu Zeit. Auch ist der Inhalt des Eigentums an verschiedenen Sachen verschieden. An Fahrnis bildet Eigentum als unbeschränktes Herrschaftsrecht den Normalfall (6). Es steht im freien Willen des Eigentümers, ob er eine Fahrnissache bewahren oder zerstören will; er kann sie "uti et abuti", wie die Römer sagten, "gebrauchen und verbrauchen" nach Belieben. An Immobilien dagegen wird die konkrete Eigentumsmacht durch die meisten Rechtsordnungen beschränkt. Diese inhaltlichen Beschränkungen

---

1) MEIER-HAYOZ, N. 32ff. zu Art. 682 ZGB.
2) LIVER, Privatrechtliche Abhandlungen, Bern 1972, S. 173.
3) LIVER, N. 84 zur Einleitung und in Privatrechtliche Abhandlungen, S. 168.
4) SCHULZ Fritz, Prinzipien des römischen Rechts, München 1934, S. 102f. Anm. 55.
5) LIVER, N. 80ff. zur Einleitung und in Privatrechtliche Abhandlungen, S. 173.
6) LIVER, N. 83 zur Einleitung.

prägen die Eigentumsordnung eines Staates. "Durch sie erhält das Grundeigentum seinen sozialen Gehalt, indem es eine einheitliche Ausgestaltung erfährt, in welcher es sich der das friedliche Zusammenleben der Nachbarn und der die Wahrung öffentlicher Interessen gewährleistenden Rechtsordnung einfügt" (7).

Mit dieser hier nur kurz umrissenen Auffassung setzt sich LIVER in Gegensatz zu der von HAAB vertretenen und bisher wohl herrschenden Meinung, wonach die gesetzlichen Schranken, innerhalb welcher der Eigentümer gemäss Art. 641 ZGB nach seinem Belieben über die Sache verfügt, als "dem Eigentum immanent" zu betrachten seien, dass es gesetzliche Eigentumsbeschränkungen folglich nicht geben könnte (8). Hält man Eigentumsbegriff und "Eigentumsordnung als inhaltliche Bestimmung der konkreten Eigentumsmacht" (9) auseinander, so erscheint es aber durchaus sinnvoll, von gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen zu sprechen (10).

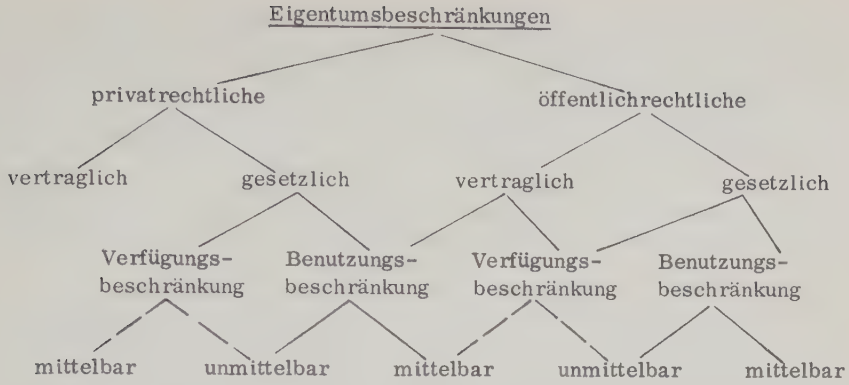
1.2 Die Eigentumsbeschränkungen

Der Eigentumsbeschränkungen in einer modernen Rechtsordnung ist Legion. Das ZGB spricht in Art. 641 kurz von den "Schranken der Rechtsordnung". Wäre auch eine Aufzählung der privatrechtlichen Bestimmungen eventuell noch denkbar, so ist es sicher unmöglich, die unzähligen öffentlichrechtlichen Beschränkungen zu überblicken. Die Schranken des öffentlichen Rechts bestimmen die Befugnisse des Grundeigentümers im übrigen in so weit grösserem Masse als diejenigen des privaten Rechts - man denke an die Bauvorschriften der Kantone und an die neue Raumplanungsordnung -, dass die Auffassung BURCKHARDT's, der Inhalt des Eigentums werde durch das öffentliche Recht bestimmt, nicht zu überraschen vermag (11).

Bevor wir uns eingehender den g e s e t z l i c h e n Eigentumsbeschränkungen im besonderen zuwenden, möge ein Schema die Uebersicht über die möglichen Arten von Eigentumsbeschränkungen erleichtern:

---

7) LIVER, N. 85 zur Einleitung.
8) HAAB, N. 2ff. zu Art. 641 ZGB.
9) LIVER, a.a.O.
10) Vgl. auch LIVER, Privatrechtliche Abhandlungen, S. 168ff.
11) BURCKHARDT, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 33. Aehnlich RIPERT Georges, Le déclin du droit, Paris 1949; das 2. Kapitel steht unter dem oft zitierten Titel "Tout devient droit public".



Erstens ist zu unterscheiden zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen:

Die Frage nach den Abgrenzungskriterien führt auf die Grundfrage nach den Kriterien zur Abgrenzung des privaten vom öffentlichen Recht zurück. Bekanntlich muss man sich mit der Einsicht begnügen, dass die Begriffe des öffentlichen und des privaten Rechts als Typenbegriffe nicht scharf voneinander zu trennen sind, dass die Uebergänge fliessen und dass sich gewisse Normen weder dem einen noch dem andern Rechtsgebiet eindeutig zuweisen lassen (12). Die Praxis jedoch kommt nicht ohne Hilfsmittel und Methoden aus, welche zumindest Indizien für die Zuordnung zum einen oder andern Bereich liefern; denn praktisch ist die Scheidung von privatem und öffentlichem Recht vor allem hinsichtlich der Gesetzgebungszuständigkeit von Bedeutung (Bund und Kantone)(13), dann auch hinsichtlich der Zuständigkeit der Gerichte (Zivil- oder Verwaltungsrichter)(14) und der auf den einzelnen Fall zur Anwendung gelangenden Rechtssätze (Zivil- oder Verwaltungsrecht).

Ansehnlich ist die Zahl der Theorien, die Abgrenzungskriterien liefern. Als bekannteste sind zu nennen die Subjekts- und ihre Modifikation als Subjektionstheorie, die Interessentheorie, die Rechtsformentheorie, die Theorie Walter BURCKHARDT's von zwingendem und nachgiebigem Recht sowie die Theorien über die Art und Weise der Durchsetzung öffentlicher und privater Rechtsnormen (15). SCHLUEP bezeichnet sie alle als "richtig und falsch zugleich", da sie wohl ausnahmslos dem Sach-

---

12) Vgl. dazu GYGI Fritz, Verwaltungsrecht und Privatrecht, ASR N.F. 317, Bern 1956, S. 2ff.; SCHLUEP, Markenrecht, S. 247; GIACOMETTI, S. 93ff.; HUBER, N. 130 zu Art. 6 ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 10ff. zu Art. 680 ZGB.

13) CARONI, Rep. 1972, S. 22ff.

14) BULLINGER Martin, Oeffentliches Recht und Privatrecht, in res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 17, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968, S. 9.

15) Zu den einzelnen Theorien vgl. die Zusammenstellung bei HUBER, N. 119ff. zu Art. 6 ZGB; ferner SCHLUEP, a.a.O., S. 247 Anm. 16.

verhalt einen richtigen Aspekt abgewinnen, Merkmale anderer Art aber zwangsläufig übersehen (16). Zusammen leisten diese Theorien aber gute Dienste, indem sich eine Norm, unter den verschiedenen Gesichtspunkten geprüft, ausreichend typisieren lässt. Zur Beantwortung der Frage, welche der Theorien sich mehr, welche weniger für die Zuordnung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen zum einen oder andern Rechtsbereich eignen, verweisen wir auf die eingehende Untersuchung MEIER-HAYOZ' (17). An dieser Stelle sei nur die praktische Bedeutung der Unterscheidung von gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen und des privaten Rechts hervorgehoben: Nur die privatrechtlichen können durch Parteiabrede abgeändert oder aufgehoben werden (Art. 680 Abs. 2 und 3 ZGB).

Von besonderem Interesse für die Charakterisierung des g VKRs als gesetzliche Eigentumsbeschränkung ist zweitens die Gegenüberstellung von unmittelbar gesetzlichen und mittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen und ihre Abgrenzung von den vertraglichen Eigentumsbeschränkungen, wie sie LIVER vornimmt (18). Da die verschiedenen Eigentumsbeschränkungen ihrem Inhalt nach nicht immer eindeutig auseinanderzuhalten sind - Dienstbarkeiten und gesetzliche Eigentumsbeschränkungen können den gleichen Inhalt haben (19) - müssen andere Kriterien beigezogen werden. Man unterscheidet:

a) Rechtssätze, welche das Grundeigentum unmittelbar beschränken.

Sie umschreiben den normalen Inhalt des Grundeigentums, indem sie jeden Grundeigentümer zugleich verpflichten und berechtigen, die Liegenschaften generell und gegenseitig den gleichen Beschränkungen unterwerfen. Man spricht deshalb auch von Eigentumsbestimmung, nicht nur von Beschränkung. "Die unmittelbaren Eigentumsbeschränkungen verpflichten den Eigentümer direkt kraft Rechtssatzes zu einem Dulden, Unterlassen oder Tun, ohne dass es hierzu eines besonderen privaten oder behördlichen Aktes bedürfte" (20).

Zu dieser Kategorie von Rechtssätzen gehören einmal im Bereich des öffentlichen Rechts die polizeilichen Vorschriften; sie wollen eine dem allgemeinen Wohl entgegenstehende Rechtsausübung verhindern. Weiter sind hier die Normen des Nachbarrechts anzuführen, die, obwohl dem Privatrecht angehörend, auch auf das Wohl der Allgemeinheit ausgerichtet sind, indem sie im Interesse des Grundeigentümers selber den Inhalt des Grundeigentums beschränken und somit ein friedliches Mit- und

---

16) SCHLUEP, a.a.O., S. 248.
17) MEIER-HAYOZ, N. 13ff. zu Art. 680 ZGB.
18) LIVER, N. 86ff. zur Einleitung, N. 24ff. zu Art. 736 und N. 20ff. zu Art. 740 ZGB; derselbe in Festschrift GUTZWILLER, S. 749ff.; vgl. auch MEIER-HAYOZ, N. 31 zu Art. 641 ZGB und dortige Hinweise.
19) Ein Durchleitungsrecht z. B. kann, bei gleichem Inhalt, je nach Voraussetzung, auf verschiedene Arten rechtlich in Erscheinung treten: als unmittelbar gesetzliche Eigentumsbeschränkung des öffentlichen Rechts (Kanalisation), als mittelbar gesetzliche Eigentumsbeschränkung gem. Art. 691 ZGB oder als vertraglich frei begründete Dienstbarkeit (Art. 676 ZGB).
20) MEIER-HAYOZ, N. 52 zu Art. 680 ZGB.

Nebeneinanderleben der Nachbarn ermöglichen und regeln (21). Schliesslich sind in diesem Zusammenhang noch die unmittelbar gesetzlichen Pfandrechte zu erwähnen: Zwecks Sicherung bestimmter Forderungen öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur muss sich der Grundeigentümer die Belastung seiner Liegenschaft mit einem Pfandrecht gefallen lassen, das, sofern das kantonale Recht es vorschreibt, allen andern eingetragenen Pfandrechten im Range vorgeht (Art. 836 sowie 808 und 810 ZGB)(22).

Alle diese unmittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen entstehen ipso iure, müssen nicht und können nicht ins Grundbuch eingetragen werden, und sie begründen auch keinen Anspruch auf Schadenersatz (23).

b) Rechtssätze, welche das Grundeigentum mittelbar beschränken.

Darunter fallen in erster Linie die sog. gesetzlichen Dienstbarkeiten oder Legalservituten (24). Das Gesetz begründet den Anspruch auf ihre Errichtung in einzelnen, gesetzlich vorgesehenen Fällen. Falls sich der Grundeigentümer in einer bestimmten Notlage befindet - als solche erwähnt das ZGB die Wegenot (Art. 694), die Leitungsnot (Art. 710), die Wassernot (Art. 691) und die Ueberbauungsnot (Art. 674) -, wird der Nachbar, der dazu in der Lage ist, verpflichtet, ihm durch Belastung des eigenen Grundstücks zu helfen. Um diesen seltenen, aber typischen Gegebenheiten gerecht zu werden, bedarf es keiner generellen Eigentumsbeschränkung. Es genügt, wenn der Gesetzgeber die Voraussetzungen festlegt, unter welchen ein Grundeigentümer gegen den Nachbarn den Anspruch auf Einräumung eines Benutzungsrechtes hat. Dass er grundsätzlich die Notlage nicht selbst verschuldet haben sollte, ergibt sich aus dem Sinn der Bestimmungen (25).

Die gesetzlichen Dienstbarkeiten entstehen meist wie die gewöhnlichen vertraglichen Dienstbarkeiten durch Eintragung im Grundbuch. Indem das Gesetz jedoch den j e w e i l i g e n Grundeigentümer zu einer positiven Leistung verpflichtet, nämlich dem Nachbarn gegebenenfalls zur Einräumung des Notrechts die Hand zu reichen, begründet es eine Realobligation (26).

In die Kategorie der mittelbaren Eigentumsbeschränkungen gehören auch die mittelbar gesetzlichen Pfandrechte. Das Gesetz legt die Voraussetzungen fest, unter welchen der Berechtigte Anspruch darauf hat, auf der Liegenschaft seines Grundpfand-

---

21) In BGE 96 I 97ff. hat das Bundesgericht Art. 699 ZGB den Charakter einer Doppelnorm zuerkannt.
22) Vgl. Art. 109 des bern. EG z ZGB; zu diesem Thema BGE 84 II 91 = Pr 47 Nr. 80, besprochen von LIVER in ZBJV 95 (1959) 440ff.
23) LIVER, in Festschrift GUTZWILLER, S. 751.
24) LIVER, a.a.O.
25) Dazu für den Notweg CARONI-RUDOLF, S. 124ff. Dem Grundeigentümer steht indessen auch bei Selbstverschulden der Anspruch auf Einräumung eines Notwegrechtes zu, es sei denn, er habe gegen das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) verstossen.
26) LIVER, a.a.O., S. 753; vgl. unten, S. 42ff.

schuldners ein Pfandrecht eintragen zu lassen, das, ohne Rangprivileg, durch diesen Eintrag entsteht (Art. 712i, 779d/i/k und 837ff. ZGB; LIVER in ZBJV 98 (1962) 209ff.).

Den gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen sind nun die vertraglichen Eigentumsbeschränkungen gegenüberzustellen. Selbstverständlich steht es den Parteien frei, ihr Grundeigentum in Ergänzung der gesetzlichen Schranken vertraglich noch weitergehend zu belasten: Durch Errichtung gewöhnlicher Dienstbarkeiten können die Benutzungsverhältnisse an Grundstücken den Besonderheiten des Einzelfalls angepasst und individuell gestaltet werden (27).

Drittens sind Benutzungs- und Verfügungsbeschränkungen auseinanderzuhalten: Benutzungsbeschränkungen richten sich gegen die t a t s ä c h l i c h e Verfügungsmacht des Grundeigentümers; sie engen die Möglichkeiten von Gebrauch und Nutzung ein. Als Beispiele sind die nachbarrechtlichen Beschränkungen der Art. 684ff. ZGB zu nennen. Abschliessend lassen sich die Benutzungsbeschränkungen sowenig aufzählen wie die einzelnen Befugnisse des Eigentümers. Verfügungsbeschränkungen dagegen sind seltener. Sie beeinträchtigen die r e c h t l i c h e Verfügungsmacht, so die Befugnisse zur Veräusserung, Belastung oder Teilung von Grundstücken. Ein typisches Beispiel für eine Veräusserungsbeschränkung bietet die Sperrfrist für landwirtschaftliche Grundstücke gem. Art. 218-218^{quinquies} OR. Eine Teilbeschränkung enthält Art. 616 ZGB und - last but not least - als Verfügungsbeschränkungen sind auch die g VKRe zu betrachten (28).

Viertens und letztens (29) lassen sich Eigentumsbeschränkungen nach Kategorien ordnen, die den Eigentümer zu einem Dulden, Unterlassen oder Tun verpflichten.

Neben den Duldungspflichten, welche dem Grundeigentümer verunmöglichen, bestimmte Einwirkungen Dritter mit negatorischen Klagen abzuwehren - es sei an die Art. 689 (Wasserablauf) und 699 ZGB (Betreten von Wald und Weide) erinnert -, können auch Verhaltenspflichten Inhalt gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen sein. Durch Gesetz wird dem Eigentümer ein bestimmtes Verhalten untersagt (Unterlassungspflichten) oder vorgeschrieben (Leistungspflichten). Während sich Unterlassungspflichten in Vielzahl anführen lassen - Bauverbote, Grenz- und Gebäudeabstände, Bauvorschriften aller Art -, sind Leistungspflichten seltener anzutreffen. Im Bereich der mittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen sind es die Legalservituten; im Bereich der unmittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen mögen Abgrenzungs-, Einfriedungs- und Unterhaltspflicht bei Liegenschaften als Beispiele dienen. MEIER-HAYOZ betont, dass schon die allgemeine Vorschrift, das Eigentum in polizeigemässem Zustand zu halten sowie sämtliche Unterhaltspflichten,

---

27) LIVER, a.a.O. Klar von den Dienstbarkeiten zu trennen sind die obligatorischen Verpflichtungen, die nicht das Eigentum, sondern nur den Eigentümer persönlich in seinem Benutzungsrecht beschränken; MEIER-HAYOZ, N. 38 zu Art. 641 ZGB.

28) Weitere Beispiele bei MEIER-HAYOZ, N. 32 zu Art. 641 ZGB.

29) Ueber eine Unterteilung in entschädigungslose und entschädigungspflichtige Eigentumsbeschränkungen vgl. MEIER-HAYOZ, N. 34ff. zu Art. 641 ZGB.

insoweit sie dem Schutz des Mitmenschen und dessen Eigentums dienen, Leistungspflichten darstellen, und er weist insbesondere auf baurechtliche Pflichten des Eigentümers hin, so auf die Pflicht zum Anschluss des Gebäudes an Trinkwasserversorgung und Abwasseranlagen (30). Im übrigen betrachtet MEIER-HAYOZ die Einteilung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen in Duldungs-, Unterlassungs- und Leistungspflichten als sekundär, da die verschiedenen Verhaltensweisen des öftern im gleichen Sachverhalt eng miteinander verbunden sind. Als einleuchtendes Beispiel zitiert er REICHLIN (31), der die Situation eines Anstössers an einem zu korrigierenden Wildbach wie folgt beschreibt: "Er muss Schutzbauten, die den Wasserstand verändern oder sein Grundstück zum Nachteil anderer Grundstücke schützen könnten, unterlassen (BGE 26 I 72ff.), die Inanspruchnahme seines Bodens für eine einheitliche Verbauung dulden und daran Beiträge leisten (BGE 12 I 441ff.)".

Leistungspflichten, die sich aus gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen ergeben, finden sich also vor allem im Nachbarrecht. Wenn wir von der für jeden vernünftigen Grundeigentümer selbstverständlichen Pflicht, seine Liegenschaft in einem die Umwelt nicht gefährdenden Zustand zu erhalten, absehen, mag immerhin auffallen, dass in den meisten Fällen einer Leistungspflicht der Eigentümer erst auf Ersuchen des Berechtigten hin zum Erbringen der effektiven Leistung verpflichtet wird, mithin sogar ohne Kenntnis des Gesetzes seine Pflicht zum Handeln nicht versäumen kann. Das gilt für die mittelbaren, das gilt aber auch für die meisten unmittelbaren gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, und in diesem Sinne sind aus der Aussage, "unmittelbare Eigentumsbeschränkungen verpflichten den Eigentümer direkt kraft Rechtssatzes zu einem Dulden, Unterlassen oder Tun, ohne dass es hierzu eines besonderen privaten oder behördlichen Aktes bedürfte" (MEIER-HAYOZ, N. 52 zu Art. 680 ZGB; vgl. oben, S. 32), die Abstufungen herauszuhören. Unmittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkungen enthalten i m a l l g e m e i n e n Duldungs- und Unterlassungspflichten (32). Leistungspflichten unmittelbar gesetzlich festzulegen oder gar nur durch Analogie herzuleiten, Leistungspflichten, die der juristische Laie nicht kennt, auf die er u.U. auch nie aufmerksam gemacht worden ist und die er ohne das geringste Unrechtsbewusstsein unterlässt - zu denken ist in concreto an die Mitteilungspflicht des durch Gesetz Vorkaufsbelasteten - schadet der Rechtssicherheit, ist dem Rechtsgefühl des einzelnen abträglich und deshalb gesetzgeberisch nicht zu empfehlen.

1.3 Die Stellung des g VKRs im System der Eigentumsbeschränkungen

1.3.1 Verfügungsbeschränkung

Das g VKR ist als Rechtsinstitut bei den gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, und zwar nicht bei den Benutzungs-, sondern bei den selteneren Verfügungsbeschränkungen einzuordnen. Im ZGB erscheinen die Art. 680 bis 683, die das rechts-

---

30) MEIER-HAYOZ, N. 33 zu Art. 641 ZGB.
31) REICHLIN Paul, Rechtsfragen zur Landesplanung, ZSR 66 (1947) 268a Anm. 42.
32) Vgl. auch LIVER, N. 86 zur Einleitung.

geschäftliche wie das g VKR regeln, unter dem Marginale "Veräusserungsbeschränkungen" (33). MEIER-HAYOZ kritisiert diese Bezeichnung nicht nur für das nicht vorgemerkte rechtsgeschäftliche VKR als unpräzis - es hindert den Verpflichteten keineswegs tatsächlich, die Sache zu verkaufen oder zu belasten -, sondern auch für das vorgemerkte VKR (34). Als zu eng erachtet er den Ausdruck "Veräusserungsbeschränkung", weil der Eigentümer des mit einem vorgemerkten VKR belasteten Grundstücks nicht nur hinsichtlich der Veräusserung, sondern auch hinsichtlich anderer Verfügungen, so der Errichtung beschränkter dinglicher Rechte oder weiterer Vormerkungen, insofern einer gewissen Beschränkung unterworfen ist, als er mit einer späteren Löschung rechnen muss (35). Als zu weit erachtet er den Ausdruck "Veräusserungsbeschränkung", weil der Vorkaufsbelastete rechtlich nicht in der Freiheit beschränkt ist, sich seines Eigentums zu entäussern (36). Er kann in jedem beliebigen Zeitpunkt den Entschluss fassen, sein Grundstück zu verkaufen; er kann sich vorerst mit dem beliebig gewählten Vertragspartner frei über den Inhalt des Vertrages einigen. Vertragsabschluss - und Vertragsinhaltsfreiheit bleiben also gewährleistet (37). Die Vertragsfreiheit, das Kernstück der Privatautonomie, die MERZ als "Prinzip, dem einzelnen Spielraum für eine selbstverantwortliche Gestaltung seiner Lebensverhältnisse zu lassen" (38) verstanden haben will, ist nur in zwei ihrer Wesensmerkmale berührt - die Formfreiheit ist im Grundstückverkehr ja durch das Gesetz aufgehoben -, in der freien Partnerwahl und in der Aufhebungsfreiheit (39). Der Vorkaufsbelastete hat bei jedem Verkaufsfall damit zu rechnen, dass er den Vorkaufsberechtigten als Partner wird akzeptieren müssen, und er kann auch nicht durch Aufhebung des Kaufvertrages mit dem Dritten den Vorkaufsfall wieder aus der Welt schaffen und so den Vorkaufsberechtigten an der Ausübung seines

---

33) Vgl. auch BGE 90 II 142; weitere gesetzliche Veräusserungsbeschränkungen enthalten Art. 619 ZGB (Gewinnanteil der Miterben) und Art. 218 OR (Sperrfrist für landwirtschaftliche Grundstücke).

34) MEIER-HAYOZ, N. 56 zu Art. 681 ZGB. Unbefriedigend ist sodann die systematische Stellung von Art. 681 ZGB im Recht des Grundeigentums, da gewillkürte VKRe auch an Fahrnis begründet werden können, und falsch die Zuordnung des rechtsgeschäftlichen VKRs zu den gesetzlichen Beschränkungen (derselbe in ZBJV 92 (1956) 300).

35) MEIER-HAYOZ, N. 57 zu Art. 681 ZGB; unten, § 21, S. 204.

36) MEIER-HAYOZ, N. 58 zu Art. 681 ZGB; ALLGAEUER, S. 35.

37) Nur beim limitierten VKR werden auch die essentialia negotii zum voraus bestimmt.

38) MERZ Hans, Privatautonomie heute - Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Karlsruhe 1970, S. 1f.

39) MEIER-HAYOZ, ZBJV 92 (1956) 301.

Rechts hindern (40).

Die sich auf das vorgemerkte VKR beziehenden Ausführungen MEIER-HAYOZ' gelten für das g VKR in einem Punkt nicht: Dem gesetzlich Vorkaufsberechtigten steht keine Löschungsbefugnis für ihn benachteiligende Belastungen zu, die nach Entstehung des g VKRs im Grundbuch eingetragen worden sind (41); der Ausdruck "Veräusserungsbeschränkung" ist also für das g VKR nicht zu eng; die Kritik MEIER-HAYOZ' lässt sich somit nicht tel quel auf das g VKR übertragen (42). Hingegen trifft die Bezeichnung "Verfügungsbeschränkung" auf sämtliche VKRe zu. Um der Genauigkeit willen sei betont, dass der Ausdruck "verfügen" im juristisch-technischen Sinn zu begreifen ist, also nur Veräusserung und Belastung des Grundstücks meint, und nicht etwa im Sinne von Art. 641 ZGB, in welchem "verfügen" auch oder sogar vor allem unjuristisch "gebrauchen und nutzen" heisst (43). Dieser Wortsinn wäre hier zu weit; denn in Gebrauch und Nutzung wird der Vorkaufsverpflichtete durch ein VKR nicht behindert.

1.3.2 Mittelbar oder unmittelbar gesetzliche Eigentumsbeschränkung?

Nicht überflüssig ist die Beantwortung der Frage, ob das Eigentum durch ein g VKR mittelbar oder unmittelbar beschränkt wird. MEIER-HAYOZ reiht die g VKRe bei den mittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen ein, und er weist auf die Gemeinsamkeiten mit den mittelbar gesetzlichen Pfandrechten des Art. 837 ZGB hin: Hier wie dort bestehe v o r der Durchsetzung eine ähnliche Rechtslage, indem dem Eigentümer eine die Verfügungsfreiheit betreffende obligatorische Leistungs-

---

40) Die Aufhebung des Kaufvertrages n a c h der Ausübungserklärung kann dem Vorkaufsberechtigten gegenüber nicht wirksam sein, da durch die Erklärung ja der Kaufvertrag zwischen ihm und dem Veräusserer zustande gekommen ist, der nur durch gegenseitige Willensübereinstimmung, durch contrarius actus, wieder aufgehoben werden kann (BGE 42 II 35 E. 5; 73 II 170 E. 6). Die Aufhebung des Kaufvertrags v o r der Ausübungserklärung darf aus Billigkeitsgründen nicht zur Beseitigung des Vorkaufsfalles führen (MEIER-HAYOZ, ZBJV 92 (1956) 302 Anm. 3; ALLGÄUER, S. 118). Anders ist es nur, wenn der Berechtigte vom Vorkaufsfall noch nichts wusste, ohne dass er schuldhaft nicht benachrichtigt wurde (WIEDERKEHR, S. 130; OSER/SCHOENENBERGER, N. 28 zu Art. 216 OR).

41) MEIER-HAYOZ, N. 10 zu Art. 682 ZGB; WIEDERKEHR, S. 180; zur Entstehung g VKRe unten, § 16, S. 145f.

42) Je nachdem, ob man mit MEIER-HAYOZ in der Ansicht einig geht, der Ausdruck "Veräusserungsbeschränkung" sei zu weit, da der Verpflichtete ja jederzeit veräussern kann, wird man von Veräusserungsbeschränkung sprechen oder nicht. Die Einschränkung hinsichtlich Partnerwahl und Aufhebungsmöglichkeit berechtigt u. E. jedoch ohne weiteres zur Verwendung der Bezeichnung "Veräusserungsbeschränkung" für ein g VKR. So HAAB, N. 51 zu Art. 681/82 ZGB; LIVER, N. 138/39 zur Einleitung.

43) Vgl. LIVER, Privatrechtliche Abhandlungen, S. 149.

pflicht obliege. Hier habe der Berechtigte einen Anspruch auf Eigentumsübertragung, dort auf Bezahlung einer grundpfandgesicherten Schuld. Nach der Durchsetzung des g VKRs bestehe allerdings gar keine Eigentumsbeschränkung mehr, da die Sachherrschaft des früheren Eigentümers nicht nur beschränkt, sondern diesem ganz entzogen worden sei (44).

Festhaltend an unserer Darstellung der Eigentumsbeschränkungen (45) scheint es uns auch vertretbar, die Unterteilung in mittelbar und unmittelbar gesetzliche Beschränkungen in erster Linie auf die Benutzungsbeschränkungen anzuwenden. Zwar gibt es Verfügungsbeschränkungen, auf die die Unterteilung genau zutrifft: So sind die mittelbar gesetzlichen Pfandrechte des Art. 837 ZGB klar von den unmittelbar gesetzlichen Pfandrechten zu unterscheiden, welche vorwiegend der Sicherung öffentlichrechtlicher Forderungen dienen (46). Daneben aber lässt sich das g VKR als Verfügungsbeschränkung nicht ohne weiteres der einen oder anderen Kategorie einordnen, da es sowohl Eigenschaften der unmittelbar wie auch der mittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen aufweist: Als unmittelbar gesetzliche Eigentumsbeschränkung erscheint es hinsichtlich der grundbuchlichen Behandlung (siehe Kap. 5, § 16). Es bedarf keiner gesonderten Begründung für das einzelne Grundstück, sondern es gehört zur generellen Umschreibung des Eigentumsinhalts, wirkt unmittelbar kraft Gesetzes unabhängig von einer Eintragung oder Vormerkung im Grundbuch. Mit den mittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen hat es gemein, dass es nur bei besonders gearteter Rechtslage zur Auswirkung kommt, unter der Bedingung nämlich, dass ein Vorkaufsfall vorliegt. Dabei handelt es sich um eine Potestativbedingung seitens des Vorkaufsverpflichteten, der es in der Hand hat, die Sache zu verkaufen oder nicht. In dieser Beziehung ist nun aber die Situation doch eine andere als bei den Legalservituten, wo die Geltendmachung des Anspruchs aus der mittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkung von einer kasuellen Bedingung abhängt, von einer typischen Notlage, die nicht durch den Belasteten herbeigeführt worden und im allgemeinen ohne Verschulden des Berechtigten entstanden ist (47). Die Parallele zur Eigenart der mittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen ist also höchstens mit Vorbehalten zu ziehen (48).

2. Das g VKR als Gestaltungsrecht

Nach heute vorherrschender Auffassung wird das VKR, beruhe es auf Rechtsgeschäft oder auf Gesetz, als Gestaltungsrecht angesehen (49): Es gibt dem Vorkaufsberech-

---

44) MEIER-HAYOZ, N. 67 zu Art. 680 ZGB.
45) Oben, S. 30ff.; abweichende Systematik bei MEIER-HAYOZ, N. 58ff. zu Art. 680 ZG
46) Vgl. oben, S. 33.
47) Vgl. oben, S. 33.
48) Anders MEIER-HAYOZ, a.a.O.
49) MEIER-HAYOZ, N. 46ff. zu Art. 681 und 32 zu Art. 682 ZGB; derselbe in ZBJV 92 (1956) 304; HAAB, N. 2 und 40ff. zu Art. 681/82 ZGB; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 301; BGE 82 II 585; a.M. WIEDERKEHR, S. 42ff.

tigten die Befugnis, unter bestimmten Voraussetzungen durch einseitige Willenskundgebung eine Rechtsänderung herbeizuführen, nämlich die Uebertragung einer Sache zu Eigentum zu verlangen, sobald der Vorkaufsverpflichtete sie einem Dritten verkauft (50).

Ueber den dem Juristen mehr oder weniger geläufigen Begriff des Gestaltungsrechts ist schon viel geschrieben worden. Da die Ansichten massgebender Autoren jedoch stark auseinandergehen, rechtfertigt sich eine kurze Darstellung.

Als "Entdecker" der später als Gestaltungsrechte bezeichneten Kategorie von subjektiven Rechten ist ZITELMANN zu nennen, der sie, basierend auf der von ENNECCERUS geleisteten Vorarbeit (51), als "Rechte des rechtlichen Könnens", als "Kannrechte", von den Rechten des Dürfens und des Sollens unterschieden hat (52). Ihm angeschlossen hat sich HELLWIG (53). Das Verdienst der dogmatischen Begründung jedoch steht SECKEL zu (54). Seine Bezeichnung "Gestaltungsrechte" hat sich durchgesetzt, da sie die charakteristische Eigenschaft besagter Rechte besonders deutlich und klar formuliert hervorhebt: Die Gestaltungsrechte verleihen dem Berechtigten die Möglichkeit, durch Abgabe einer Willenserklärung eine Rechtslage unmittelbar zu gestalten.

Gestützt auf SECKEL umschrieb von TUHR die Gestaltungsrechte in Abgrenzung von den Herrschaftsrechten als sekundäre Rechte, als "auf besonderer Rechtslage beruhende Befugnisse eines Menschen, durch seinen alleinigen Willen eine Rechtsänderung herbeizuführen" (55), und er unterschied zwischen den ein Rechtsverhältnis begründenden, den ändernden und den aufhebenden Gestaltungsrechten. Kritik fand von TUHR's Formulierung bei GUHL und BURCKHARDT, die beide den Begriff des

---

50) Die begriffliche Einreihung des VKRs bei den Gestaltungsrechten steht nicht im Widerspruch zu den Theorien des doppelt bedingten Kaufvertrags (OSER/SCHOENENBERGER, N. 18 zu Art. 216 OR; BECKER, N. 25/26 der Vorbemerkungen zu Art. 184-186 OR) oder Innominatkontrakts. Es muss jeweils nur klargestellt werden, ob das Rechtsverhältnis als Ganzes oder nur die ihm entspringende Einzelberechtigung gemeint ist. Vgl. dazu SIMONIUS, ZSR 39 (1920) 316; MEIER-HAYOZ, N. 46 zu Art. 681 ZGB; MERZ, Zeitl. Begrenzung, S. 238; BGE 88 II 159; BlZR 1962 Nr. 59, S. 148; unklar wieder 90 II 141.

51) ENNECCERUS, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1889, S. 600ff.; vgl. dazu DOELLE Hans, Juristische Entdeckungen, in Verhandlungen des 42. deutschen Juristentages, Düsseldorf 1957, Bd. II/B, Tübingen 1959, S. 10ff.

52) ZITELMANN Ernst, Internationales Privatrecht II/1, Leipzig 1898, S. 32ff., 45.

53) HELLWIG Konrad, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 3. Buch, Leipzig 1924, S. 215, 232ff.; derselbe, Anspruch und Klagerecht, Leipzig 1924, S. 2.

54) SECKEL Emil, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, in Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin für Richard KOCH, Berlin 1903, S. 205ff.

55) von TUHR/SIEGWART, S. 20; vgl. auch OSER/SCHOENENBERGER, N. 44 der Vorbemerkungen zu Art. 1-67.

Gestaltungsrechts abweichend fassten. GUHL wandte ein, der Berechtigte könne längst nicht immer "durch seinen alleinigen Willen" den Rechtserfolg herbeiführen; bei allen durch Vertrag begründeten Gestaltungsrechten sei die Befugnis dem Berechtigten von der Gegenpartei ausdrücklich eingeräumt worden, so z.B. bei den vertraglich verabredeten Kündigungs-, Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechten (56). BURCKHARDT betont, dass es sich bei den Gestaltungsrechten gar nicht um eigenständige subjektive Rechte handle, sondern dass sie nur zum Inhalt eines subjektiven Rechts gehörten. Erläutert am Beispiel des Mietvertrags bezeichnet er das Kündigungsrecht beider Parteien als "eine durch Rechtsverhältnis begründete und in ihm enthaltene Befugnis" (57).

Heute ist die Ansicht von TUHR's erneut zu Ehren gelangt. MERZ stellt die Gestaltungsrechte als besondere Gruppe von sekundären Rechten den Hauptleistungspflichten im Schuldverhältnis gegenüber (58). Anders als GUHL will er das Gestaltungsrecht nicht als Forderung betrachtet wissen, die ein Dulden des Schuldners zum Gegenstand hat, da eine echte Schuldpflicht voraussetzt, dass der Schuldner auch anders handeln kann. Das Gestaltungsrecht wirke unmittelbar, bedürfe keiner Vollstreckung. Der Berechtigte gestalte tatsächlich "durch seinen alleinigen Willen" die Rechtslage. Ob ihm diese Befugnis durch Gesetz oder durch den zum voraus erklärten Willen des Gestaltungsgegners eingeräumt wird, ist für MERZ unbeachtlich, da "die eine oder andere dieser Voraussetzungen überhaupt jeder irgendwie gearteten Rechtsbeziehung zugrunde liegt" (59). Wir halten uns an diese Begriffsumschreibung, reihen aber das VKR nicht wie von TUHR bei den begründenden Gestaltungsrechten ein (60). Da durch die Ausübungserklärung kein Rechtsverhältnis begründet, sondern ein bestehendes bedingtes Rechtsverhältnis zu voller Wirksamkeit gebracht wird, scheint uns die Einordnung bei den ändernden Gestaltungsrechten passender (61).

Weniger umstritten als die Charakterisierung des Wesens ist die Art der Ausübung der Gestaltungsrechte: Da durch eine einseitige Willenserklärung die Rechtslage umgestaltet wird, muss diese Aeusserung bestimmt und eindeutig sein. Das bedeutet in einzelnen, dass die Willenserklärung

- unbefristet abzugeben ist (62), d.h. dass der Ausübende die Wirkung seiner Erklärung weder aufschieben noch von einem in der Zukunft liegenden, sicher eintretenden Ereignis abhängig machen kann. Zu unterscheiden von dieser Anforderung an die Willenserklärung sind die im Gesetz meist vorgesehenen Ausübungsfristen, die im Interesse des Gestaltungsgegners eine allzulange sich in der Schwebe befind-

---

56) GUHL, OR, 5. Aufl., S. 32/33.
57) BURCKHARDT, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 36.
58) GUHL/MERZ/KUMMER, S. 42.
59) GUHL/MERZ/KUMMER, a.a.O.
60) von TUHR/SIEGWART, S. 21.
61) Vgl. unten, S. 46 Anm. 102.
62) MEIER-HAYOZ, N. 224 zu Art. 681 ZGB.

liche Rechtslage verhindern wollen (63);

- ohne Vorbehalt und unbedingt zu erfolgen hat (64). In Abweichung vom Grundsatz wird neuerdings anerkannt, dass Bedingungen an die Ausübungserklärung geknüpft werden können, welche die Wirksamkeit der Erklärung von einem Verhalten des Gestaltungsgegners abhängig machen, "das ihm nach Treu und Glauben zuzumuten und zu dem er sogar verpflichtet ist" (65). Weiter noch geht eine Lehrmeinung, die bei Gestaltungsrechten Bedingungen immer dann als zulässig erachtet, wenn für den Erklärungsempfänger nicht eine unzumutbare Rechtsunsicherheit entsteht (66). Kurz gefasst lässt sich also die Willenserklärung höchstens als bedingungsfeindlich bezeichnen (67);
- unwiderruflich ist (68), d.h. der Berechtigte sie nicht mehr zurücknehmen kann, sobald sie im Empfangsbereich des Gestaltungsgegners angelangt ist, es sei denn, es gelinge ihm nachzuweisen, dass der Verpflichtete vom Widerruf Kenntnis hatte, bevor er von der Gestaltungserklärung wusste (69). Praktisch kann man sich allerdings höchstens Gleichzeitigkeit vorstellen; denn im Moment, in dem der Berechtigte vom Widerruf erfährt, weiss er auch, wogegen sich der Widerruf richtet. Sofern die Voraussetzungen von Art. 23ff. OR vorliegen, verspricht in solchen Fällen die Anfechtung der Gestaltungserklärung wegen Willensmängeln eher Erfolg (70).

Zu erwähnen bleibt, dass Gestaltungsrechte nicht der Verjährung im Sinne von Art. 127ff. OR unterliegen (71). Die Ansicht FICK's, wonach die Fristen von Art. 681 Abs. 3 und 683 Abs. 2 ZGB eigentliche Verjährungsfristen darstellen (72), und die Meinung HOMBERGER's, dass zur zeitlichen Begrenzung des nicht vorgemerkten Kaufsrechts Art. 127 OR beizuziehen sei (73), haben ihre berechtigte Kritik bei CHESSEX gefunden (74). In der Tat muss in Fällen, in denen die Unterschei-

---

63) GUHL/MERZ/KUMMER, a.a.O.

64) MEIER-HAYOZ, a.a.O.; BGE 81 II 239ff. und 91 II 245 E.5 bezüglich der Ausübungserklärung gem. Art. 14 EGG.

65) SCHMID, S. 93; FENKART Joseph, Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht, Bern 1925, S. 88; MEIER-HAYOZ, N. 226 zu Art. 681 ZGB; ZBGR 38 (1957) 31f.

66) MEIER-HAYOZ, a.a.O. und dortige Hinweise.

67) GUHL/MERZ/KUMMER, a.a.O.

68) MEIER-HAYOZ, N. 49 zu Art. 681 ZGB.

69) Art. 9 OR; SCHMID, S. 93; von TUHR/SIEGWART, S. 162; MEIER-HAYOZ, N. 224 zu Art. 681 ZGB.

70) MEIER-HAYOZ, N. 225 zu Art. 681 ZGB.

71) MEIER-HAYOZ, N. 49 und 314 zu Art. 681 ZGB.

72) FICK Fritz, Das schweizerische OR (Titel 1-22), Zürich 1915, N. 2 zu Art. 127 OR.

73) HOMBERGER, N. 27 zu Art. 959 ZGB.

74) CHESSEX Marc, La limite dans le temps des droits d'emption, de préemption et de reméré, Diss. Lausanne 1946, S. 63ff., insbes. S. 65. Er verneint den Verjährungscharakter besagter Fristen unter Berufung auf den ordre public.

dung zwischen Befristung und Verjährung nach den üblichen Kriterien nicht vorgenommen werden kann, da die Voraussetzungen die gleichen sind (75), der mit einer Befristung verfolgte Zweck in die Auslegung einbezogen werden (76). Dieser Zweck liegt bei einer gesetzlichen Befristung im unmittelbaren öffentlichen Interesse, während bei einer Verjährung nur von einem mittelbaren öffentlichen Interesse gesprochen werden kann, da sie primär den Schuldner schützt (77). Bei den Gestaltungsrechten, insbesondere bei dem uns beschäftigenden VKR, tritt nun das öffentliche Interesse an einer Verwirkungsfrist klar hervor: Vorkaufsverpflichteter und Dritter sollen genau wissen, wie lange sie mit der Ausübung des VKRs zu rechnen haben. Den Parteien ist aus Gründen der Rechtssicherheit jegliche Einwirkung auf die Länge der Ausübungsfrist zu entziehen. Bei Annahme der Verjährung könnte jedoch zumindest die Monatsfrist von Art. 681 Abs. 3 ZGB, die wir als relative Ausübungsfrist bezeichnen (78), unterbrochen werden. Dass auch die Zehnjahresfristen der Art. 681 und 683 ZGB als Verwirkungsfristen zu werten sind, dürfte heute unbestritten sein (79); für die g VKRe spielen sie indessen keine Rolle, da die auf Gesetz beruhenden VKRe ohne Vormerkung im Grundbuch solange bestehen als auch das Grundverhältnis besteht (80).

Zu unterscheiden von der Verwirkung des Gestaltungsrechts ist die Verjährung des vorerst bedingten und nach Abgabe der Gestaltungserklärung unbedingten Anspruchs des Vorkaufsberechtigten auf Uebertragung des Eigentums. Dieser Anspruch unterliegt als Forderung der zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 127 OR (81).

3. Das g VKR als gesetzliche Realobligation

3.1 Zum Begriff der Realobligation

Unter dem Begriff "Realobligation" verstehen wir ein verstärktes obligatorisches Rechtsverhältnis. Es beruht auf Gesetz oder in gesetzlich vorgesehenen Fällen auf Vertrag - unterliegt also einem numerus clausus - und wird durch folgende Besonderheiten gekennzeichnet:

---

75) Vgl. dazu MENGIARDI Peider, Der Ausschluss der Verjährung im Sachenrecht, Diss. Bern 1953, S. 7.
76) MERZ, Zeitliche Begrenzung, S. 242.
77) MERZ, a.a.O., S. 243.
78) Unten, § 18, S. 168.
79) Zur Kontroverse, ob nach Ablauf der zehnjährigen Vormerkungsfrist nur der Vormerkungsschutz wegfällt oder ob die persönlichen Gestaltungsbefugnisse von Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrecht selber erlöschen, vgl. MERZ, a.a.O. und BGE 97 II 553ff. = Pr 60 Nr. 142 mit Literaturangaben.
80) MEIER-HAYOZ, N. 87 zu Art. 682 ZGB, unten, § 20, S. 197.
81) MERZ, a.a.O.; OSER/SCHOENENBERGER, N. 26 zu Art. 216 OR; MEIER-HAYOZ, N. 314 zu Art. 682 ZGB.

- Der Anspruch des Berechtigten ist auf die Vornahme von Handlungen gerichtet;

- Der Anspruch richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer einer Sache, eines Grundstücks vornehmlich, eventuell auch gegen den Besitzer oder Dienstbarkeitsberechtigten;

- Schuldnerstellung oder Schuldner- und Gläubigerstellung werden durch die unmittelbare Sachherrschaft am Grundstück bestimmt, mit welchem die Verpflichtung bzw. Berechtigung verbunden ist (82).

Die Realobligation ist im schweizerischen Recht erst vor kurzem zu voller Anerkennung gelangt (83). Als ihr Verfechter und dogmatischer Begründer ist LIVER zu nennen. Er hat dem der gemeinrechtlichen Wissenschaft geläufigen Institut (ius ad rem), das in den modernen Kodifikationen der Schweiz und Deutschlands keinen Eingang gefunden hatte, wieder zu Ehren verholfen (84) und sich auch für die Bezeichnung "Realobligation" eingesetzt. Obwohl dieser Terminus wegen seines Anklangs an obligatorische und dingliche Wirkung zwischen den Parteien auf den ersten Blick als widersprüchlich erscheint, erweist er sich doch als zweckmässig. In Anlehnung an die actio in rem scripta des römischen Rechts, die sich aus dem Verhältnis der Person zur Sache ergab (85), sind in der Rechtsliteratur vielfach die Ausdrücke "obligatio propter rem", "obligatio ob rem" oder "Obligation mit wechselndem Schuldner" anzutreffen (86). In der schweizerischen Rechtslehre wird noch mehrheitlich von "subjektiv-dinglichen Pflichten" bzw. "subjektiv-dinglichen Rechten" gesprochen (87). Dadurch soll veranschaulicht werden, dass Verpflichteter oder Berechtigter und Verpflichteter durch die sachenrechtliche Beziehung, in der sie zur Sache stehen, bestimmt werden. Diese Bezeichnung ist jedoch zu allgemein

---

82) Vergleiche die Begriffsbestimmungen bei LIVER, N. 148ff. der Einleitung, insbes. 156; MEIER-HAYOZ, N. 150ff. zum System. Teil; JOST, Realobligation, S. 95. Praktisch sind Fälle, in denen nur der Gläubiger der Realobligation durch das dingliche Recht bestimmt wird, sehr selten. Als singuläres Beispiel kann das auf dem luzernischen öffentlichen Recht beruhende g VKR des Anstössers an dem nach Art. 659 ZGB neu gebildeten Land (§ 98 Abs. 2 des luzern. EG z ZGB) genannt werden. Indessen lässt sich sogar bei diesem Schuldverhältnis sagen, nicht nur die Gläubigerstellung, sondern Berechtigung und Verpflichtung würden durch die sachenrechtliche Beziehung zum Grundstück bestimmt, wobei aber gem. § 98 Abs. 1 EG ausschliesslich der Staat Eigentum am neu gebildeten Land haben könne.

83) LIVER, JOST, a.a.O.

84) LIVER, ZBGR 43 (1962) 260.

85) Als Beispiel sei die actio quod metus causa erwähnt, die in der intentio den Beklagten nicht nannte und sich demnach nicht nur gegen den Erpresser, sondern auch gegen dritte Erwerber des Gutes richtete (KASER Max, Das Römische Privatrecht I, 2. Aufl., München 1971, S. 244f. Anm. 33).

86) LIVER, N. 149 zur Einleitung mit Literaturangaben.

87) HUBER, Sachenrecht, S. 37; GUHL, Persönliche Rechte, S. 130/134; HAAB, N. 19 zu Art. 681/82 ZGB.

und kann zu Missverständnissen führen: Einmal handelt es sich bei der Realobligation nicht um ein dingliches Recht, und im weiteren fallen unter den Begriff des subjektiv-dinglichen Rechtsverhältnisses nicht nur obligatorische, sondern auch dingliche Rechtsverhältnisse wie beispielsweise die Grunddienstbarkeit, bei der sowohl der Berechtigte als auch der Verpflichtete der jeweilige Eigentümer eines bestimmten Grundstücks ist (88).

Nach dem Begriff des dinglichen Rechts als unmittelbarer Sachherrschaft kann die Verpflichtung des Eigentümers einer Sache zu einem Tun, zur Vornahme von Handlungen, nicht Inhalt eines dinglichen Rechts sein. Die Verpflichtung zu einer positiven Leistung kann nur Inhalt einer Obligation sein (89). Die Realobligation ist somit ein obligatorisches, persönliches Rechtsverhältnis. Mit ihrer Eigenart, dass sich nämlich der Anspruch aus ihr nicht nur gegen diejenige Person richtet, gegen welche das Recht begründet, sondern auch gegen ganz bestimmte weitere Personen, "schlägt sie in einer eigenartigen Weise eine Brücke zum Sachenrecht" (90). Der Anspruch kann gegen den j e w e i l i g e n Eigentümer oder Besitzer der Sache durchgesetzt werden, und nur diesen Personen gegenüber entfaltet die Realobligation die gleiche Wirkung wie ein dingliches Recht; in dieser Hinsicht wirkt sie verstärkt. Sie bleibt aber ein obligatorisches Recht und ist nicht als ein zwischen den beiden Kategorien der obligatorischen und dinglichen Rechte stehendes Recht zu betrachten (91). Nur mit Vorsicht ist deshalb der vom Bundesgericht verwendete Ausdruck "dinglich verstärkt" zu gebrauchen (92). Man muss sich genau im klaren sein darüber, dass die Realobligation nicht dinglichen Charakter hat - sie wirkt ja nach wie vor nicht absolut gegenüber jedem beliebigen Dritten -, sondern nur als rein obligatorisches Recht eine Verstärkung erfährt durch ihre Wirkung gegenüber Personen, die in ein ganz bestimmtes sachenrechtliches Verhältnis zur Sache treten.

3.2 Gesetzliche und vertragliche Realobligationen

Im schweizerischen Recht unterscheiden wir die gesetzlichen von den vertraglichen Realobligationen (93):

Die gesetzlichen Realobligationen entstehen, wie der Name sagt, direkt durch Gesetzesvorschrift. Ihre Begründung ist der Privatautonomie entzogen, Abänderung oder Aufhebung aber den Parteien anheimgestellt, sofern es sich um Privatrecht handelt. Als Leistungspflichten des Grundeigentümers oder des Inhabers beschränkter dinglicher Rechte sind die gesetzlichen Realobligationen vorwiegend im Nachbarrecht zu finden. Als anschauliche Beispiele seien die unmittelbar gesetzlichen

---

88) LIVER, N. 155 zur Einleitung.
89) LIVER, N. 2 und 148 zur Einleitung.
90) JOST, Realobligation, Vorwort, S. III.
91) a.M. OSTERTAG, N. 3 zu Art. 959 ZGB.
92) BGE 89 I 505 = Pr 53 Nr. 36; LIVER in ZBJV 100 (1964) 477.
93) MEIER-HAYOZ, N. 163ff. zum System. Teil.

Eigentumsbeschränkungen der Art. 669 (Mitwirkungspflicht bei Grenzfeststellungen), 697 (Einfriedungspflicht), 698 ZGB (Unterhalt nachbarlicher Vorrichtungen) sowie die oben erwähnten mittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen angeführt (94).

In Bezug auf die Rangordnung ist festzuhalten, dass die sich auf Grund unmittelbar gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen ergebenden Realobligationen allen eingetragenen dinglichen Rechten vorgehen, während den Legalservituten ein Vorrang gegenüber schon bestehende Belastungen nur gegen Entschädigungsleistung an die betroffenen Berechtigten eingeräumt wird (95).

Die vertraglichen Realobligationen unterliegen einem numerus clausus, können also nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen durch Parteiwillen entstehen. Ihre Begründung darf nicht freigestellt werden, da sonst die Grenze zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten in einer mit dem numerus clausus der Kategorien der beschränkten dinglichen Rechte nicht zu vereinbarenden Art verwischt würde (96).

Die vertraglichen Realobligationen lassen sich in zwei Gruppen einteilen: erstens in die Nebenabreden bei Dienstbarkeiten gemäss Art. 730 Abs. 2 ZGB und zweitens in die vorgemerkten persönlichen Rechte.

Da die Verpflichtung zu einem Tun nicht Inhalt einer Dienstbarkeit sein kann, kann die Obligation zur Vornahme von Handlungen nur als Nebenabrede mit einer Dienstbarkeit verbunden werden; die Leistungspflicht wird damit zur Realobligation (97).

Die vormerkbaren Rechte unterliegen ihrerseits auch wieder einem numerus clausus, indem sich auf ein Grundstück beziehende persönliche Rechte nur vorgemerkt werden können, wenn das Gesetz ihre Vormerkung ausdrücklich vorsieht (98). Das ist der Fall bei Vor- und Rückkaufsrecht, Kaufsrecht, Pacht und Miete (Art. 959 ZGB), ferner beim Rückfallsrecht bei Schenkungen (Art. 247 OR), bei der mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft (Art. 850 Ziff. 3 OR) und bei Vereinbarungen über das Nachrücken von Grundpfandgläubigern (Art. 814 Abs. 3 OR)(99). Durch die Vormerkung erhalten diese Rechtsverhältnisse den Charakter der Realobligation, indem sie ihren Rang bei den beschränkten dinglichen Rechten einnehmen und auch der Singularsukzessor des ursprünglich Verpflichteten gebunden wird.

---

94) Eine abschliessende Aufzählung der gesetzlichen Realobligationen bietet JOST, a.a.O., S. 66ff.

95) MEIER-HAYOZ, N. 167/68 zum System. Teil.

96) LIVER, N. 150 zur Einleitung.

97) LIVER, N. 2 zur Einleitung und N. 154 zu Art. 730 ZGB; JOST, a.a.O., S. 113.

98) BGE 55 II 132.

99) Im ZGB nicht ausdrücklich erwähnt ist die Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts. Zur Lückenfüllung durch Analogie vgl. BGE 40 II 453 = Pr 4 Nr. 25 und 83 III 142 = Pr 47 Nr. 36.

3.3 Das g VKR im besonderen

Während das rechtsgeschäftliche VKR auf doppelt suspensiv bedingtem Kaufvertrag oder auf Verfügung von Todes wegen beruht (100), gründet das g VKR unmittelbar auf Gesetz. Gekennzeichnet wird es durch die Abhängigkeit von Vorkaufsverpflichtung und -berechtigung oder Vorkaufsverpflichtung allein von der sachenrechtlichen Beziehung zwischen Person und Verkaufsobjekt: Verpflichtet und berechtigt sind nach ZGB die Eigentümer von Miteigentumsanteilen an Grundstücken, Grundeigentümer und Baurechtsinhaber im Baurechtsverhältnis. Im Agrarrecht ist nur die Vorkaufsbelastung abhängig vom Eigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe - der Kreis der Berechtigten ist nicht durch die Sachbeziehung individualisiert - und auch bei den öffentlichen VKRen hängt jeweils nur die Vorkaufsverpflichtung von der sachenrechtlichen Beziehung des Belasteten zum Verkaufsobjekt ab.

Unmittelbar durch Gesetz stehen Vorkaufsberechtigter und Vorkaufsbelasteter in einem vertragsähnlichen Verhältnis. Sie brauchen nicht zuerst einen Vorkaufsvertrag abzuschliessen; sie sind von Gesetzes wegen Vertragspartner, ob sie es nun wollen oder nicht. Dieser Bindung, die genau dem durch Rechtsgeschäft entstehenden bedingten Kaufvertrag entspricht (101), können sie nur entgehen, indem sie eben keinen Miteigentumsanteil an einem Grundstück erwerben, kein Baurecht auf ihrem Grundstück errichten, ein solches auch nicht erwerben bzw. die Aufhebung des g VKRs vereinbaren (Art. 682 Abs. 3 ZGB). Einem öffentlichen VKR könnte man als Eigentümer einer in der betreffenden Zone liegenden Grundstücks überhaupt nicht entgehen. Der Inhalt des Eigentums oder des beschränkten dinglichen Rechts wird also generell umschrieben, unmittelbar durch Gesetz beschränkt. Solange kein Vorkaufsfall vorliegt, ist diese Beschränkung praktisch nicht spürbar. Aktuell wird sie erst im Augenblick des Veräusserungsgeschäftes. Sobald es gültig und wirksam abgeschlossen, ist die auf Seite des Vorkaufsverpflichteten liegende Potestativbedingung eingetreten. Die in die Hand des Vorkaufsberechtigten gegebene Potestativbedingung, die Ausübung des Gestaltungsrechts durch fristgemässe Abgabe der Ausübungserklärung, lässt den schwebenden Kaufvertrag zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsverpflichtetem voll wirksam werden (102). Der daraus resultierende unbedingte Anspruch des Berechtigten ist auf Leistung gerichtet, nämlich auf vorzugsweise Verschaffung des Eigentums am Vorkaufsobjekt. Obwohl sich dieser Anspruch des Berechtigten von Gesetzes wegen gegen den j e w e i l i g e n Eigentümer des Grundstücks richtet, ist und bleibt er, wie beim durch Vormerkung verstärkten rechtsgeschäftlichen VKR, persönlicher Natur. Die Verknüpfung der Vorkaufsverpflichtung mit der sachenrechtlichen Beziehung der Person zur Sache hat eine Verstärkung des g VKRs im Sinne einer Realobligation

---

100) MEIER-HAYOZ, N. 46f. und 60f. zu Art. 681 ZGB.

101) Die Konstruktion ändert sich auch nicht, wenn man den Vorkaufsvertrag als Innominatkontrakt auffasst; vgl. MEIER-HAYOZ, N. 46 zu Art. 681 ZGB.

102) Unrichtig ist die Auffassung, durch Ausübung des Gestaltungsrechts komme der Kaufvertrag erst zustande, wie in ZBGR 47 (1966) 381f. E. 4d und 5 gesagt wird; vgl. auch MEIER-HAYOZ, N. 46 zu Art. 681 ZGB und oben, S. 40.

zur Folge, nicht aber eine Verdinglichung (103).

Ueber die Auswirkungen der Anerkennung des vorgemerkten und g VKRs als Realobligation herrscht Uneinigkeit in der Doktrin. Einig sind sich die meisten Autoren heute nur darüber, dass bei Uebereignung des Grundstücks auf einen Dritten, ohne dass das VKR ausgeübt wurde, der Veräusserer aus dem Rechtsverhältnis befreit und der Dritte in seiner neuen Eigenschaft als jeweiliger Eigentümer vorkaufsverpflichtet wird. Mit andern Worten wirkt sich eine Handänderung, bei der das vorgemerkte oder g VKR nicht ausgeübt wird oder die keinen Vorkaufsfall darstellt, nicht aus; bei einer späteren Handänderung besteht das VKR nach wie vor (104). Hingegen gehen die Meinungen bezüglich der Frage auseinander, was zu geschehen hat, wenn der Berechtigte zwar rechtzeitig, aber erst nach der Eintragung des Dritten als Eigentümer ins Grundbuch die Ausübungserklärung abgibt. Wer ist passiv legitimiert? Hat der Vorkaufsberechtigte gegen den Verkäufer oder gegen den Dritterwerber vorzugehen?

GUHL und HAAB geben dem Vorkaufsberechtigten den Anspruch auf Verschaffung des Eigentums gegen den Veräusserer, nicht gegen den Dritten (105). Anders LEEMANN und OSTERTAG: Sie anerkennen den Dritten auch nicht als Schuldner, wohl aber als berechtigten Eigentümer, gegen den auf Uebertragung des Eigentums geklagt werden kann (106). Noch anders äussert sich HOMBERGER, nach dem beim vorgemerkten VKR sowohl Leistungs- als auch Berichtigungsklage gegen den Dritten angestrengt werden könne, obwohl er nicht Eigentümer geworden ist (107).

Das Bundesgericht hat die Frage der Passivlegitimation erst vor kurzem entscheiden müssen. Es hat sich aber schon früher damit befasst und damals durchblicken lassen, dass es im konkreten Fall der Theorie von GUHL und HAAB den Vorzug gäbe (108). Dies veranlasste LIVER, auch zum Problem Stellung zu nehmen. Er bezeichnete die Auffassung, von der GUHL übrigens später wieder abgewichen ist,

---

103) LIVER, N. 154 zur Einleitung; MEIER-HAYOZ, N. 32/33 zu Art. 682 ZGB; GUHL, Persönliche Rechte, S. 139f.; HAAB, N. 51 zu Art. 681/82 ZGB. - Für den dinglichen Charakter des g VKRs treten ein HUBER, Sachenrecht, S. 63; LEEMANN, N. 3 zu Art. 682 ZGB; SIMONIUS, ZSR 39 (1920) 303ff.; ALLGAEUER, S. 10; WIEDERKEHR, S. 41ff.

104) MEIER-HAYOZ, N. 298 und 308 zu Art. 681 ZGB; LIVER in ZBJV 94 (1958) 42f., ZBGR 43 (1962) 265 und N. 154 zur Einleitung; HAAB, N. 19 zu Art. 681/82 ZGB; LEEMANN, N. 89 zu Art. 681 ZGB; abweichend HOMBERGER, N. 43 zu Art. 959 ZGB und heute auch JAEGGI, ZBGR 39 (1958) 73; DESCHENAUX, ZBGR 43 (1962) 289.

105) GUHL, a.a.O.; HAAB, N. 46 zu Art. 681/82 ZGB.

106) LEEMANN, N. 59, 70 und 72 zu Art. 681 ZGB; OSTERTAG, N. 6 und 10 zu Art. 959 ZGB.

107) HOMBERGER, N. 38 zu Art. 959 ZGB.

108) BGE 82 II 582 E. 1; vgl. auch 53 II 394 = Pr 17 Nr. 6 und 84 II 192 = Pr 47 Nr. 96; ebenso DESCHENAUX, a.a.O. und in Festschrift GUTZWILLER, S. 732.

kurz als "überhaupt nicht haltbar", und er begründete seine scharfe Kritik zwingend. In der Tat basiert diese Auffassung auf der Meinung, das VKR wirke als obligatorisches Recht entgegen dem Wortlaut von Art. 681 ZGB und trotz der Bedeutung der Vormerkung im Grundbuch nur inter partes. Zwar ergibt sich kein Widerspruch zum Satz, der Anspruch des Vorkaufsberechtigten richte sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, da nach der Ansicht GUHL/HAAB der Dritte gar nicht rechtmässiger Eigentümer geworden ist, doch ist das Verfahren für den Vorkaufsberechtigten höchst umständlich. Er müsste zwei Prozesse führen, um zu seinem Recht zu kommen: Nach Abgabe der Ausübungserklärung hätte er vorerst mit der Grundbuchberichtigungsklage die Löschung der Eintragung des Dritten und die Wiedereintragung des Veräusserers als Eigentümer durchzusetzen, um erst anschliessend das Vorkaufsobjekt vom Veräusserer herauszuverlangen. Diese Theorie führt in Fällen, wo das vorgemerkte oder g VKR erst nach mehreren Handänderungen ausgeübt wird, zu unüberwindbaren Schwierigkeiten. "Dann müssten soviele Grundbuchberichtigungen erwirkt werden, bis wieder der erste Veräusserer eingetragen wäre. Das ist unmöglich und ohnehin unsinnig, weil jeder Veräusserer, gegen den das VKR nicht ausgeübt worden ist, selbstverständlich von jeder Verpflichtung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten frei geworden ist, unter ihnen selbstverständlich auch der erste, der allein sich gegenüber dem Vorkaufsberechtigten vertraglich verpflichtet hat" (109). Dieser Kritik LIVER's hat das Bundesgericht Rechnung getragen. In den BGE 89 II 144 = Pr 52 Nr. 144 und 90 II 329 = Pr 54 Nr. 20 hat es die Anerkennung der Realobligation angedeutet und sich in 92 II 155 E.4 = Pr 56 Nr. 3 endlich vorbehaltlos dafür ausgesprochen (110).

MEIER-HAYOZ zieht in Uebereinstimmung mit LIVER aus der Auffassung des vorgemerkten und des g VKRs als Realobligation folgende Konsequenzen: Der Vorkaufsberechtigte kann sich nach Uebertragung des Vorkaufsobjekts auf den Dritterwerber für sämtliche Ansprüche p r i m ä r an den Dritten halten, braucht also nicht mehr gegen den Veräusserer vorzugehen. Dem eingetragenen Dritterwerber steht dafür gegenüber dem Vorkaufsberechtigten die direkte Forderung auf den Kaufpreis zu (111).

---

109) LIVER, ZBJV 94 (1958) 43; vgl. auch ZBGR 43 (1962) 266/67 und N. 154 zur Einleitung.

110) Besprechung des Entscheides durch LIVER in ZBJV 104 (1968) 12ff., insbes. S. 17; vgl. auch BGE 92 I 239 = Pr 56 Nr. 39, S. 123.

111) MEIER-HAYOZ, N. 255ff. zu Art. 681 ZGB; zur s u b s i d i ä r e n Haftung des Veräusserers siehe unten, § 18, S. 183.

§ 3 ABGRENZUNG VON VERWANDTEN RECHTSINSTITUTEN

1. Das rechtsgeschäftliche VKR

Der hervorstechendste Unterschied zwischen gesetzlichem und rechtsgeschäftlichem VKR liegt in der Begründung. In Gegensatz zum g VKR entsteht das gewillkürte VKR durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen (1). Bei vertraglicher Begründung unter Lebenden genügt zur Bestellung eines VKRs an Grundstücken einfache Schriftlichkeit, während beim Rechtsgeschäft von Todes wegen die erbrechtlichen Formen zu beachten sind (2). Das rechtsgeschäftliche VKR ist rein obligatorischer Natur, wirkt also nur inter partes, gehört jedoch auf Grund von Art. 681 ZGB zu den Rechtsverhältnissen, die durch Vormerkung im Grundbuch eine Verstärkung erfahren können. Die Vormerkung lässt das rechtsgeschäftliche VKR zur vertraglichen Realobligation werden (3)

Inhaltlich unterscheidet sich das g VKR vom rechtsgeschäftlichen in folgenden Punkten, die zwecks Uebersichtlichkeit bereits an dieser Stelle hervorgehoben seien. Wesentlich ist,

- dass das g VKR auch in der Zwangsvollstreckung ausgeübt werden kann, sofern das nicht ausdrücklich untersagt ist (4);
- dass die vertragliche, nur obligatorisch wirkende Abänderung oder Aufhebung eines privatrechtlichen g VKRs bereits der öffentlichen Beurkundung bedarf und, falls auch die Einzelrechtsnachfolger daran gebunden sein sollen, zudem im Grundbuch vorzumerken ist (5);
- dass der Zeitablauf von Art. 681 Abs. 3 ZGB für das g VKR keinen Untergangsgrund darstellt, das g VKR also auch weiterbesteht, wenn es bei einer Handänderung nicht ausgeübt wird (6);
- dass das g VKR bei Aufhebung des Grundverhältnisses erlischt (7);
- dass das g VKR unvererblich ist (8);

---

1) MEIER-HAYOZ, N. 60 zu Art. 681 und N. 7 zu Art. 682 ZGB.
2) MEIER-HAYOZ, N. 66ff. zu Art. 681 ZGB.
3) Oben, § 2, S. 45.
4) MEIER-HAYOZ, N. 9 zu Art. 682 ZGB und ZBJV 92 (1956) 298/99 Anm. 1; unten, § 18, S. 157ff.
5) Art. 682 Abs. 3 ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 84 zu Art. 682 ZGB; unten, § 19, S. 193.
6) MEIER-HAYOZ, N. 87 zu Art. 682 ZGB und ZBJV 92 (1956) 302. Die Verwirkungsfrist von einem Monat lässt nur das dem g VKR im einzelnen Vorkaufsfall entspringende Gestaltungsrecht erlöschen; vgl. unten, § 20, S. 197.
7) Unten, § 20, S. 199.
8) Unten, § 17, S. 147.

- dass das g VKR dem rechtsgeschäftlichen normalerweise im Range vorgeht (9);
- dass der Berechtigte im Zeitpunkt der Ausübung des g VKRs keinen Anspruch auf Löschung von im Grundbuch eingetragenen dinglichen oder vorgemerkten Rechten hat, die nach der Entstehung des g VKRs erstellt worden sind (10);
- dass die Limitierung eines g VKRs zwar möglich, praktisch aber unerwünscht ist, da sie dem gesetzgeberischen Zweck zuwiderläuft (11);
- dass g VKRe bisher vornehmlich an Grundstücken im Sinne von Art. 655 ZGB und nur in den seltensten Fällen an beweglichen Sachen festgelegt worden sind (12).

Im übrigen gelten für rechtsgeschäftliche und g VKRe im wesentlichen dieselben Rechtsregeln. Doktrin und Rechtssprechung haben sich eingehend mit dem gewillkürten VKR auseinandergesetzt, so dass die spärliche und lückenhafte Gesetzgebung (Art. 681 und 959 ZGB; Art. 216 Abs. 3 OR) nicht zu Missständen führte (13). Wie weit sich diese von Lehre und Praxis herausgearbeiteten Richtlinien auch auf das g VKR anwenden lassen, wird im einzelnen zu prüfen sein. Für die analoge Anwendung der Bestimmungen von Art. 681 ZGB auf das Miteigentümervorkaufsrecht hat sich das Bundesgericht mehrmals ausgesprochen (14). Die Anwendbarkeit auch für die übrigen g VKRe drängt sich de lege lata auf, nicht zuletzt aus dem äusserlichen Grunde, dass der Gesetzgeber trotz der knappen Regelung des rechtsgeschäftlichen VKRs für die g VKRe keine einzige Sonderbestimmung aufstellte, sondern in Art. 682 ZGB und in den anderen Erlassen durch die neuerliche Bezeichnung "VKR" auf den gleichartigen Charakter der Institute hinwies.

2. Kaufs- und Rückkaufsrecht

"Das Kaufsrecht ist die durch Rechtsgeschäft (Kaufrechtsvertrag oder Verfügung von Todes wegen) begründete Befugnis, eine Sache (Grundstück oder Fahrnis) innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen nach Belieben oder unter bestimmten Voraussetzungen zu den festgelegten Bedingungen käuflich zu erwerben" (15).

Das Kaufsrecht stellt somit eine rechtsgeschäftliche Eigentumsbeschränkung dar und gehört, wie das VKR, zu den Gestaltungsrechten (16). Der Vertrag zur Begründung eines Kaufsrechts an einem Grundstück bedarf, im Gegensatz zum rechtsge-

---

9) MEIER-HAYOZ, N. 28 zu Art. 682 ZGB; siehe aber unten, § 21, S. 204f.
10) MEIER-HAYOZ, N. 10 zu Art. 682 ZGB; unten, § 21, S. 204.
11) Unten, § 19, S. 188.
12) Unten, § 15, S. 128ff.
13) MEIER-HAYOZ, ZBJV 92 (1956) 297ff.; ein umfassendes Verzeichnis der einschlägigen Literatur zum rechtsgeschäftlichen VKR hat der Autor im Anschluss an seinen Vortrag zusammengestellt (S. 337ff.).
14) BGE 42 II 34f.; 56 II 172 E. 2; 73 II 165 E. 3; 83 II 519; 89 II 446.
15) MEIER-HAYOZ, N. 16 zu Art. 683 ZGB.
16) MEIER-HAYOZ, N. 31 zu Art. 683 ZGB; MERZ, Zeitliche Begrenzung, S. 238.

schäftlichen VKR, der öffentlichen Beurkundung (17). Das Kaufsrecht ist obligatorischer Natur, kann aber auch gem. Art. 683 ZGB durch Vormerkung im Grundbuch zur vertraglichen Realobligation gemacht werden.

Einen Sonderfall des Kaufsrechts finden wir im Rückkaufsrecht. Es handelt sich dabei um ein Kaufsrecht, das nur einer bestimmten Person, nämlich dem Verkäufer, gegenüber dem Käufer in Bezug auf die verkaufte Sache eingeräumt werden kann und meist als Nebenabrede in Kaufverträgen festgehalten wird. Rechtlich ist es gleich zu behandeln wie das Kaufsrecht (18). Zweck der Errichtung war herkömmlicherweise die Sicherung der Zahlung des Kaufpreises einer verkauften Sache; heute benutzt der Verkäufer eher die Möglichkeit, den Kaufpreis eines Grundstücks durch ein mittelbar gesetzliches Pfandrecht gemäss Art. 837 ZGB zu sichern, und an Fahrnis wird die entsprechende Wirkung durch einen Eigentumsvorbehalt erzielt. Immerhin kann die Einhaltung anderer Verpflichtungen des Käufers durch ein Rückkaufsrecht sichergestellt werden, so z.B. das Verbot zum Schlagen von Bäumen auf dem Grundstück oder das Verbot, die Baute wesentlich abzuändern (19).

Im Vergleich zum VKR bedeuten Kaufs- und Rückkaufsrecht eine weit stärkere Belastung für den Verpflichteten. Gesetzliche Kaufs- und Rückkaufsrechte sind deshalb dem schweizerischen Recht unbekannt (20). Während die Geltendmachung eines VKRs für den Berechtigten noch von der für ihn kasuellen Bedingung des Vorkaufsfalles abhängt - er kann sein Recht nur ausüben, wenn der Verpflichtete die Sache veräussert -, sind Kaufs- und Rückkaufsrecht im allgemeinen nur mit einer Potestativbedingung verknüpft (21). Innerhalb der vereinbarten zeitlichen Grenzen kann der Berechtigte jederzeit seinen Kaufwillen realisieren, indem er die Ausübung seines Rechts erklärt, und der Belastete ist gezwungen, ihm gegen Bezahlung des Preises die Sache zu Eigentum zu übertragen.

Voraussetzung für die Gültigkeit von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht an einer Sache ist die Bestimmbarkeit des Preises. Entweder sollte der Preis selbst oder zumindest ein Modus festgelegt werden, der seine künftige Bestimmung ohne neue Parteiabrede ermöglicht. Für das rechtsgeschäftliche VKR - und damit implizit auch für das gesetzliche - hat das Gesetz die Preisbestimmung geregelt, indem gemäss Art. 681 Abs. 1 ZGB im Zweifel diejenigen Bedingungen auch hinsichtlich des Preises gelten, zu denen die Sache an einen Dritten verkauft worden ist. Für das Rückkaufsrecht wird in der Lehre allgemein anderkannt, dass mangels näherer Angaben der ursprüngliche Verkaufspreis auch für den Rückkauf gilt (22), wogegen beim Kaufrechtsvertrag die Festsetzung des Preises zu den essentialia negotii zu zählen ist (23).

---

17) Art. 216 Abs. 2 OR; MEIER-HAYOZ, N. 44 zu Art. 683 ZGB.
18) GUHL/MERZ/KUMMER, S. 300; MEIER-HAYOZ, N. 30 zu Art. 681 ZGB.
19) MEIER-HAYOZ, N. 9 zu Art. 683 ZGB.
20) Zur Frage eines gesetzlichen Kaufs- oder Vorkaufsrechts an Aktien siehe unten, § 13, S. 98ff.
21) GUHL/MERZ/KUMMER, a.a.O.
22) LEEMANN, N. 15 zu Art. 683 ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 39 zu Art. 683 ZGB.
23) MEIER-HAYOZ, N. 27 zu Art. 681 und N. 38 zu Art. 683 ZGB; SCHMID, S. 11.

Dem Kaufsrecht kommt im heutigen Grundstücksverkehr grosse wirtschaftliche Bedeutung zu. Gehandhabt im Sinne des Gesetzes dient es der Sicherung des künftigen Erwerbs einer Liegenschaft. Wer sich noch nicht zum Kauf entschliessen kann, sei es aus finanziellen Gründen oder weil er das Grundstück erst später benötigt, lässt sich - im allgemeinen allerdings gegen Entgelt - ein Kaufsrecht einräumen, und auch der Erblasser hat die Möglichkeit, durch Verfügung von Todes wegen einem Legatar den Erwerb auf diese Art sicherzustellen (24).

Noch öfter ist aber das Kaufsrecht in anderer Funktion anzutreffen: Obligatorische Verpflichtungen verschiedenster Art, Leistungs- und Unterlassungspflichten, häufig Kartellverpflichtungen, werden durch es indirekt sichergestellt. Wenn der Schuldner nicht erfüllt, wird das Kaufsrecht an seiner Liegenschaft ausgeübt. Verstärkung erfährt diese Nötigung noch durch den im Kaufsrechtsvertrag festgelegten unverhältnismässig tiefen Preis (25). Die neuere Gesetzgebung hat allerdings die Möglichkeiten des Missbrauchs erheblich eingeschränkt. So bestimmt das Kartellgesetz vom 20. Dezember 1962 in Art. 14 Abs. 1, dass Sanktionen dieser Art bei Verletzung von Kartellpflichten nur zulässig sind, wenn sie "den Betroffenen im Verhältnis zum angestrebten Ziel ... nicht übermässig beeinträchtigen", und mit der Baurechtsnovelle vom 1. Juli 1965 wird durch Art. 779h ZGB entsprechenden Missbräuchen in Baurechtsverträgen der Riegel geschoben: Die Ausübung solcher Kaufs- und Rückkaufsrechte darf nur gegen angemessene Entschädigung und nur bei schwerer Verletzung der obligatorischen Verpflichtung erfolgen.

Noch anderweitig hat sich das Kaufsrecht zu Missbrauch oder zumindest zur Umgehung gesetzlicher Vorschriften als geeignet erwiesen. So wickelt sich die Bodenspekulation teilweise über Kaufrechtsverträge ab. Obwohl der Abschluss eines Kaufrechtsvertrages wirtschaftlich einer Handänderung gleichkommt, wertet ihn die Praxis noch nicht als Vorkaufsfall (26). Ein nicht vorgemerktes rechtsgeschäftliches VKR wird demnach illusorisch gemacht durch nachträgliche Begründung und Vormerkung eines Kaufrechts, das des öftern noch gehandelt und auf Dritte übertragen wird. Die vertragliche Realobligation ist stärker als die einfache obligatorische Verpflichtung, und der Vorkaufsberechtigte hat das Nachsehen; der gutzuheissende Schadenersatzanspruch entschädigt ihn kaum für den entgangenen Grund und Boden. Solchen Geschäften ist zwar beizukommen, wenn die Umgehungsabsicht klar erkannt wird; doch dieser Nachweis ist für den Vorkaufsberechtigten meist nicht leicht zu erbringen (27).

Anhand der geschilderten Eigenschaften lassen sich gewöhnliche Kaufs- und Vorkaufsrechte leicht voneinander unterscheiden. Sobald aber das eine oder andere

---

24) MEIER-HAYOZ, N. 8 zu Art. 683 ZGB.
25) LIVER, Bern. Notar, Bd. 22 (1961) 50.
26) Bern. Appellhof in ZBJV 96 (1960) 21ff.; BGE 85 II 572 = Pr 49 Nr. 90 und 90 II 142; siehe auch MEIER-HAYOZ, N. 180ff. zu Art. 681 ZGB. - Kritik der bundesgerichtlichen Praxis durch LIVER in ZBJV 90 (1960) 424. Anderer Meinung auch BAER, Bern. Notar, Bd. 21 (1960) 89ff.; vgl. unten, § 18, S. 151ff.
27) MEIER-HAYOZ, N. 18e und 174f. zu Art. 681 ZGB.

Recht atypische, von der Norm abweichende Merkmale aufweist - zu denken ist in concreto an einen abgeänderten Vorkaufsfall oder eine spezielle Ausübungsfrist bei einem Kaufsrecht -, können sich in der Praxis recht erhebliche Schwierigkeiten der Zuordnung ergeben. Vor allem im Hinblick auf die sich im Aktienrecht stellenden Probleme sei deshalb eine kurze Zusammenstellung dienlicher Abgrenzungskriterien wiedergegeben, im übrigen aber schon an dieser Stelle auf die Untersuchung von E. SALZGEBER-DUERIG über Rechte an Aktien verwiesen (28).

Ein nicht bedingtes, gewöhnliches Kaufsrecht unterscheidet sich vom einfachen, illimitierten VKR in folgenden f o r m e l l e n Punkten:

a) Das Kaufsrecht kann unabhängig vom Eintritt einer Bedingung in dem vom Berechtigten zu wählenden Zeitpunkt ausgeübt werden, während beim VKR der Verpflichtete den Vorkaufsfall setzt.

b) Das Kaufsrecht kennt i.a. keine spezielle Ausübungsfrist.

c) Die Kaufpreisbestimmung gehört zu den essentialia des Kaufrechtsvertrages. (In diesem Punkt stimmen das gewöhnliche Kaufsrecht und das limitierte VKR überein).

Ein bedingtes Kaufsrecht unterscheidet sich von einem einfachen, illimitierten VKR nur in den Punkten b) und c), von einem limitierten VKR nur noch in Punkt b). Somit bliebe zwischen bedingtem Kaufsrecht und limitiertem VKR nur noch die Ausübungsfrist als formelles Abgrenzungskriterium bestehen. Da es den Parteien aber freisteht, im Kaufrechtsvertrag die Ausübung "innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen" (29) festzulegen, erweist sich auch dieses formelle Merkmal zur Einordnung eines Rechts bei den Kaufs- oder Vorkaufsrechten nicht als tauglich. Aus dieser Erkenntnis heraus allerdings den Schluss zu ziehen, "in jedem Kaufsrecht sei auch das lediglich einen Spezialfall desselben bildende VKR enthalten", vereinfacht den rechtlichen Tatbestand doch zu sehr; in BGE 54 II 329 hat das Bundesgericht diese Auffassung denn auch abgelehnt.

Für die Abgrenzung zwischen bedingtem Kaufsrecht und limitiertem VKR muss also, da die formellen Kriterien u.U. versagen, ein m a t e r i e l l e s Kriterium gesucht werden. Nach SALZGEBER-DUERIG findet es sich in der Art der Bedingung, an welche die Ausübung des Rechts geknüpft ist. Falls der Berechtigte befugt ist, die Sache den Personen vorwegzukaufen, die mit Eintritt der Bedingung dingliche Rechte an dieser Sache erwerben würden (z.B. die Erben), der Berechtigte diesen Personen gegenüber also u n m i t t e l b a r b e v o r z u g t ist, hält die Autorin ein VKR für gegeben (30). Einfacher grenzt LEHNER ab: Er spricht sich für ein bedingtes Kaufsrecht aus, sobald der "Vorkaufsfall" nicht vom Verpflichteten gesetzt wird (31).

---

28) SALZGEBER-DUERIG, S. 109ff.
29) Nach der Definition MEIER-HAYOZ', N. 16 zu Art. 683 ZGB.
30) SALZGEBER-DUERIG, S. 112.
31) LEHNER, SJZ 50 (1954) 77.

3. Der Kaufsvorvertrag

Vorvertrag (pactum de contrahendo) im Sinne von Art. 22 und 216 Abs. 2 OR meint die durch Parteivereinbarung begründete Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrags, des sog. Hauptvertrags (32). Der Anwendungsbereich des Vorvertrags ist sehr weit: So kann sich nur eine Partei verpflichten, mit der andern oder mit einem Dritten einen künftigen Vertrag zu schliessen (einseitig belastender Vorvertrag); es können sich aber auch beide Parteien verpflichten, miteinander oder mit Dritten handelseinig zu werden (beidseitig belastender Vorvertrag)(33).

Der Vorvertrag unterscheidet sich durch den auf Abschluss eines zweiten Vertrages gerichteten Inhalt klar vom bedingten Vertrag. Die beiden Vertragsverhältnisse schliessen sich gegenseitig aus, da man ein bereits abgeschlossenes Geschäft nicht ein zweites Mal tätigen kann (34).

Stellen wir nun die bedingten Vertragsverhältnisse von Vorkaufs- und Kaufsrecht dem Vorvertrag, im speziellen dem Kaufsvorvertrag (pactum de emendo)(35), gegenüber, bei welchem sich die Parteien verpflichten, miteinander einen Kaufvertrag abzuschliessen. Der Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung beruht beim Vorkaufs- und Kaufsrecht auf den suspensiv bedingten Vertragsbeziehungen, wobei der Berechtigte die Möglichkeit hat, durch Abgabe der Gestaltungserklärung das betreffende Schuldverhältnis einseitig und direkt zu voller Wirksamkeit zu bringen. Dagegen entspringt dem Kaufsvorvertrag kein Gestaltungsrecht, sondern er schafft ein Rechtsverhältnis, aufgrund dessen die Parteien nur den Abschluss des Hauptver-

---

32) HENRICH, S. 60; BECKER, N. 1 zu Art. 22 OR; von TUHR/SIEGWART, § 33. Berechtigte Kritik an der Bezeichnung "Vorvertrag" übt MERZ: Sofern der Leistungsgegenstand bereits bestimmt oder bestimmbar, ist der Hauptvertrag kein Vertrag mehr, sofern er noch unbestimmt, ist der Vorvertrag noch kein Vertrag (GUHL/MERZ/KUMMER, S. 113).

33) HENRICH, a.a.O.; BECKER, N. 10 zu Art. 22 OR; gegen die Existenz zweiseitiger Vorverträge spricht sich SALZGEBER-DUERIG aus, S. 116.

34) BECKMANN August, Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. II, Erlangen 1884, S. 271.

35) RGZ 78, S. 387.

trages durchsetzen können (36), und erst dieser künftige Hauptvertrag bildet den Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung (37). Ein Vorvertrag, gerichtet auf den Abschluss eines späteren Grundstückskaufs, begründet denn auch kein vormerkbares Kaufsrecht (38).

4. Das sog. "Verkaufsrecht"

Der dem Gesetz unbekannte Begriff wird auch im Schrifttum stiefmütterlich behandelt. Da Verkaufsrechte aber in der Praxis des öftern anzutreffen sind, sei kurz auf ihre mögliche Begründung eingetreten.

Unter einem Verkaufsrecht verstehen wir im allgemeinen die einem potestativ bedingten Kaufsvorvertrag entspringende Befugnis, das Kaufsobjekt dem Gegenkontrahenten in einem beliebigen Zeitpunkt anzubieten und den Vertragsschluss mit ihm durchzusetzen. Der Verkaufsberechtigte ist in jedem Fall frei in der Entscheidung, o b er verkaufen will und w a n n er verkaufen will (Potestativbedingung). Ist er zudem im Zeitpunkt des Verkaufs auch noch frei, einem Dritten und nicht dem Vertragspartner zu veräussern, so haben wir es mit einem Verkaufsrecht zu tun, das auf einem einseitig belastenden Kaufsvorvertrag beruht: Verpflichtet zur Uebernahme der Sache ist ausschliesslich der Käufer. Die Eigentumsbefugnisse des Verkäufers sind in keiner Weise beschränkt, sondern in gewisser Hinsicht sogar erweitert, indem er die Gewissheit hat, dereinst einen Käufer zu finden. Muss hinge-

---

36) Das BGer hält auch in BGE 97 II 48ff. = Pr 60 Nr. 123 an dieser Konstruktion fest. Die Kritik KUMMER's - er postuliert bei einem inhaltlich vollständigen Vorvertrag direkt die Klage auf Erfüllung und bezeichnet das Einschieben des Hauptvertrags als "überflüssige Prozedur", als "reines l'art pour l'art" (ZBJV 109 (1973) 149) - ist vom prozessökonomischen Standpunkt aus zwar ebenso berechtigt wie die Kritik im Lehrbuch GUHL/MERZ/KUMMER am Institut des Vorvertrags selbst, dem tatsächlich nur in den seltensten Fällen selbständige Bedeutung zukommt (GUHL/MERZ/KUMMER, S. 113; oben, S. 54 Anm. 32). U.E. ist es aber nicht Sache des Gerichts, den klaren Wortlaut von Art. 22 OR so frei auszulegen, sondern Sache des Gesetzgebers, das Institut der Rechtswirklichkeit anzupassen. So ist der Abschluss eines Vorvertrages sinnvoll, wenn mit einem noch nicht gebundenen Dritten kontrahiert werden soll, wobei dann allerdings nicht der Vertragsabschluss, sondern nur Schadenersatz durchgesetzt werden kann (GUHL/MERZ/KUMMER, a.a.O.). Im weiteren sehen wir aber auch eine praktische Anwendungsmöglichkeit des "Vorvertrags" bzw. einer "Vorausbindung mit Rechtsfolgen" für den Fall, dass der Kaufgegenstand noch nicht existiert (z.B. Kauf einer Eigentumswohnung im Zeitpunkt, in dem die Stockwerkeinheiten noch nicht begründet sind). Soll direkt auf Leistung geklagt werden können, sobald die essentialia negotii bestimmt sind, müsste der Gesetzestext entsprechend geändert werden.

37) MEIER-HAYOZ, N. 32 zu Art. 681 ZGB.

38) BGE 56 I 198 = Pr 19 Nr. 121.

gen der Verkäufer, falls er sich zum Verkauf entschliesst, die Sache dem Gegenkontrahenten übertragen, was je nach Abrede auch möglich ist, so beruht sein Verkaufsrecht auf einem zweiseitig belastenden Kaufsvorvertrag: Der Käufer ist zur Uebernahme verpflichtet, und der Verkäufer ist in seiner Verfügungsfreiheit insofern beschränkt als er auf die freie Partnerwahl beim zukünftigen Verkauf verzichtet hat. In beiden Fällen jedoch kann der Verkäufer die Sache zum Kaufe anbieten und den Partner zwingen, sie in Obhut zu nehmen und als Käufer am Abschluss des Hauptvertrages mitzuwirken (39). Da diese Mitwirkung in einer Willensäusserung besteht, kann sie nicht manu militari durchgesetzt werden, sondern ist im Prozess durch das Urteil zu ersetzen (40).

Denkbar ist auch, ein Verkaufsrecht analog dem Vorkaufs- und Kaufsrecht durch suspensiv bedingten Vertrag zu begründen. Der Verkäufer könnte in diesem Fall durch Abgabe der Willenserklärung das Vertragsverhältnis direkt zur Wirksamkeit bringen; er könnte, mit andern Worten, in einem bedingten Kaufvertrag die Bedingung setzen. Ist in der Praxis ein Verkaufsrecht zu beurteilen, wird man als Berechtigter aus prozessökonomischen Gründen wenn immer möglich dieser Konstruktion den Vorzug geben, da die Klage nicht nur auf Abschluss des Vertrages, sondern direkt auf Vertragserfüllung lautet. Doch auch dieses Gebilde wird im Gesetz nicht erwähnt, und in der Literatur sind die Hinweise spärlich (41).

In der Praxis finden sich Verkaufsrechte häufig im Gesellschaftsrecht. Aktienpoolverträge bestimmen, dass ein Aktionär, der nicht mehr mitmachen will, seine Aktien den andern Beteiligten verkaufen kann, wobei allerdings meist nicht vorgesehen ist, was zu geschehen hat, wenn die andern sich der Uebernahme widersetzen, indem sie ihre Aktien ebenfalls zur Verfügung stellen. Auch Statuten enthalten u.U. Verkaufsrechte, die aber weder auf Kaufsvorvertrag noch auf bedingtem Kaufvertrag beruhen, sondern einfach als Lockerung sehr starker Vinkulierungen gedacht sind. Da die Verfügungsfreiheit bei vinkulierten Namenaktien oft fast gänzlich aufgehoben ist, meinen derartige Verkaufsrechte bloss, dass der Aktionär bestimmten Personen verkaufen darf; eine Uebernahmepflicht dieser Personen muss nicht notwendigerweise mit solchen Verkaufsrechten verbunden sein.

5. Die Vorhand

Das heute als Vorhand bezeichnete Rechtsinstitut geht auf das römischrechtliche ius protimiseos zurück (42). Weder das ZGB noch das OR erwähnen dieses Vertragsverhältnis. Wir haben es bei der sog. Vorhand mit einem Vorrecht zu tun, das

---

39) Dies im Unterschied zur Vorhand, wo der Käufer nie zum Erwerb gezwungen werden kann; vgl. unten, S. 57f.

40) HENRICH, S. 61; N. 13 zu Art. 22 OR; OSER/SCHOENENBERGER, N. 9 zu Art. 22 OR; jetzt in BGE 97 II 48ff. = Pr 60 Nr. 123 als allgemeiner Grundsatz des Bundesprivatrechts anerkannt (vgl. KUMMER, ZBJV 109 (1973) 149).

41) OSER/SCHOENENBERGER, N. 7 zu Art. 22 OR.

42) SALZGEBER-DUERIG, S. 126.

dem Vorhandberechtigten (Vorhandnehmer) an einer Sache (Grundstück oder Fahrnis) für den Fall eingeräumt wird, dass der Vorhandverpflichtete (Vorhandgeber) die Sache dereinst an einen Dritten veräussern will (43). Die Begründung einer Vorhand ist durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft möglich. Der Zweck der Vorhand entspricht demjenigen des VKRs; die beiden Institute unterscheiden sich jedoch in ihrer rechtlichen Ausgestaltung (44).

Mit den verschiedenen inhaltlichen Varianten der Vorhand hat sich HENRICH eingehend auseinandergesetzt (45). Er unterscheidet grundsätzlich drei Arten,

erstens die Vorhand als Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots,

zweitens die Vorhand als Verpflichtung zur Annahme eines Angebots, und

drittens die Vorhand als Verpflichtung, nicht vor Aeusserung des Vorberechtigten mit einem Dritten zu kontrahieren (46).

Im Hinblick auf die sich im Aktienrecht stellenden Fragen (47) seien die drei Vorhandvarianten kurz charakterisiert:

Bei der ersten Art, der Vorhand als Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots, hat der Vorhandgeber dem Berechtigten die Sache zum Kaufe anzubieten, sobald er die veräussern will und bevor er mit dem Dritten einen Kaufvertrag abgeschlossen hat (48). Anders als der Vorkaufsvertrag und entsprechend dem Kaufsvorvertrag hat der Vorhandvertrag den späteren Anschluss eines Kaufvertrages zum Inhalt; die Parteien müssen also noch rechtsgeschäftlich tätig werden (49). Anders als der Vorvertrag jedoch ist der Vorhandvertrag durch den Eintritt des Vorhandfalles bedingt: Der Vorhandgeber muss verkaufen wollen. Verpflichtet, zum Vertragsschluss die Hand zu reichen, ist sodann nur der Vorhandgeber; lehnt der Vorhandnehmer das Angebot ab, so wird der Vorhandgeber frei und kann das Objekt an einen Dritten veräussern (50).

Bei der zweiten Art, der Vorhand als Verpflichtung zur Annahme eines Angebots, ist der Vorhandgeber nur verpflichtet, den Vorhandnehmer von seiner allfälligen Veräusserungsabsicht in Kenntnis zu setzen, und, wenn ihm dieser daraufhin eine Offerte unterbreitet, dieses Angebot anzunehmen, falls es mindestens ebenso günstig ist wie die Offerte von dritter Seite. Der Verpflichtete ist dadurch weit weniger gebunden als im ersten Fall, da es ihm unbenommen bleibt, nach bessern Angeboten Dritter Ausschau zu halten. Diese grössere Freiheit wird jedoch bei einer limitierten Vorhand illusorisch. "Wo der Kaufpreis

---

43) MEIER-HAYOZ, N. 33 zu Art. 681 ZGB.
44) SALZGEBER-DUERIG, S. 119.
45) HENRICH, S. 296ff.
46) HENRICH, S. 304ff.; siehe auch SALZGEBER-DUERIG, S. 121ff.
47) Unten, § 13, S. 98ff.
48) SALZGEBER-DUERIG, S. 121.
49) HENRICH, S. 301.
50) MEIER-HAYOZ, N. 34 zu Art. 681 ZGB; BJM 1961, S. 306ff.

unabhängig von Angeboten Dritter bestimmt, ist die Meinung regelmässig die, dass der Vorhandgeber verpflichtet ist, die Offerte des Berechtigten anzunehmen, auch wenn Dritte bessere Bedingungen bieten" (51).

Beide hier geschilderten Arten der Vorhand, die Verpflichtung zur Abgabe wie die Verpflichtung zur Annahme eines Angebots, entspringen "potestativ bedingten einseitig verpflichtenden Vorverträgen" (52). Die Potestativbedingung ist der Eintritt des Vorhandfalles, der Veräusserungswille des Vorhandgebers. Verpflichtet, zum Abschluss des Kaufvertrages die Hand zu reichen, ist jeweils nur der Vorhandgeber, also der Verkäufer (im Unterschied zum Verkaufsrecht); die Verpflichtung ist somit einseitig. Begründet wird die Verpflichtung durch einen Vorvertrag, so dass dem Berechtigten kein Gestaltungsrecht zusteht, sondern er nur den Anspruch auf Abschluss des Vertrages hat (53).

Die dritte Art der Vorhand, die Verpflichtung, nicht vor Rücksprache mit dem Vorkaufsberechtigten mit einem Dritten zu kontrahieren, verlangt vom Vorhandgeber nur, dem Vorhandnehmer vor Veräusserung der Sache an einen Dritten Gelegenheit zum Vertragsschluss zu bieten. Falls der Vorhandnehmer bereit ist, zu den gleich guten Bedingungen zu kaufen wie der Dritte, darf der Vorhandgeber nicht mit dem Dritten kontrahieren. Hingegen ist er nicht verpflichtet, die Sache dem Vorberechtigten zu verkaufen - es liegt also kein Vorvertrag mehr vor -, sondern er ist lediglich verpflichtet, den Vertragsschluss mit dem Dritten zu unterlassen. In diesem Fall wird er die Sache behalten müssen (54).

---

51) SALZGEBER-DUERIG, S. 123.
52) HENRICH, S. 304.
53) Zurückhaltend GUHL/MERZ/KUMMER, S. 301.
54) HENRICH, S. 304f.; MEIER-HAYOZ, N. 36 zu Art. 681 ZGB; SALZGEBER-DUERIG, S. 124. LEHNER bezeichnet diese dritte Art der Vorhand als "abgeschwächtes Vorhandverhältnis" (LEHNER, SJZ 50 (1954) 80 Abschnitt 4).

2. Kapitel:

ZUR GESCHICHTE DES G VKRs

Um das Wesen des g VKRs zu erfassen, um insbesondere die mögliche Ausgestaltung und den sinnbezogenen Anwendungsbereich des Instituts im modernen Recht zu untersuchen und abzugrenzen, ist ein historischer Exkurs unerlässlich. Von grösstem Interesse erscheinen uns dabei die Gründe verschiedenster Art, die im Laufe der Zeit für und wider das g VKR ins Feld geführt worden sind; sie erhellen die praktische Tauglichkeit des Instituts zur Verwirklichung rechtlicher Zielsetzungen.

§ 4 DEM G VKR VERWANDTE INSTITUTE IM ROEMISCHEN RECHT

WALCH glaubt die Entstehung der mittelalterlichen Näher- oder Retraktrechte und damit des g VKRs bis in die Zeit vor Christi Geburt zurückverfolgen zu können: "Die älteste Art des Näherrechts, von der wir einige Nachricht haben, ist wohl dieienige, welche von Gott selbst bey den Juden eingeführet worden. Es gefiel seiner Weisheit, in Ansehung der ihnen zugetheilten Aecker und anderer Grundstücke eine solche Einrichtung zu treffen, dass dieselben niemahls auf beständig von demienigen Stamm, welchem sie einmahl angewiesen waren, abgesondert werden konnten, und da dieserhalb bey Veräusserungen auf den andern mehr der Niesbrauch als das Eigentum selbst übergieng: so stande nicht allein dem vorigen Besitzer frey, seinen Acker wieder an sich zu bringen; sondern es konnte auch in dessen Ermangelung der nächste Freund dasselbe lösen. Dieses geschahe vermittelst des sogenannten Freundrechts, wie solches Luther in seiner Uebersetzung giebet" (1).

Den Ursprung dieser Rechtsgebilde sieht der Autor durch die Bibel selbst belegt (2). Eine Uebernahme durch die Griechen bezweifelt er, ist hingegen der Ansicht, dass den Römern zwei Arten von Retraktrechten seit Alters her bekannt gewesen seien, die eine begründet in der Verwandtschaft, die andere in der Gemeinschaft, beide beruhend auf Observanz. Danach hätte Verwandten und bestimmten consortes, die mit dem Verkäufer durch ein Gemeinschaftsverhältnis (Miteigentum, Miterbenschaft) verbunden waren, eine an ein VKR erinnernde Befugnis zugestanden (3). Unter den Kaisern Valentinian, Theodosius und Arkadius seien die Retrakte wieder aufgehoben

---

1) WALCH, S. 2.
2) WALCH, a.a.O., mit Hinweis auf Textstellen der Bibel: Mos. XXV. 25, Jerem. XXXII. 7. 8 und Buch Ruth IV. 4.
3) WALCH, S. 4ff.; JAEGER, S. 11ff.; GLUECK, 16, S. 174ff.; WIEDERKEHR, S. 23/24, Anm. 15.

worden, und Konstantin habe die Aufhebung gesetzlich angeordnet. Eine andere Lehrmeinung will dem Näherrecht ähnliche Institute im römischen Recht überhaupt erst unter der Regierung Konstantins eingeführt wissen (4). Wie dem aber auch sei darf jedenfalls ein von Volksrechten beeinflusstes VKR als nachgewiesen betrachtet werden, demzufolge Grundstücke einer Dorfgemeinschaft vorerst den andern Dorfgenossen zum Kaufe anzubieten waren. Es wurde im Codex Theodosianus, der für den Westen galt, aufgehoben, im Codex Theodosianus für den Osten aber beibehalten (5).

Das römische Recht kannte ferner im i u s p r o t i m i s e o s ein VKR, das auf Rechtsgeschäft, richterlichem Urteil oder Gesetz beruhen konnte (6). Gesetzlich stand es einmal dem Erbzinsherrn bei der Veräusserung des emphyteutischen Gutes zu und weiter dem Gläubiger beim öffentlichen Verkauf der Güter seines Schuldners (venditio bonorum); unter mehreren Gläubigern war derjenige berechtigt, der am meisten zu fordern und somit am meisten zu verlieren hatte. Fremden Käufern gegenüber kamen die Verwandten zum Zuge; die Gläubiger jedoch gingen auch den Verwandten vor (7). Ob auch bei der Rücktrittsabrede zugunsten des Verkäufers für den Fall, dass er binnen bestimmter Frist einen besseren Käufer fände (in diem addictio), ein echtes VKR vorlag, wird dagegen von mehreren Autoren in Zweifel gezogen (8).

Das g VKR des römischen Rechts war obligatorischer Natur, wirkte nur inter partes (9). Wurde das Vorkaufsobjekt unter Missachtung des VKRs veräussert, hatte der Vorkaufsberechtigte den Anspruch, mit dem Verkäufer einen Vertrag gleichen Inhalts abzuschliessen, und der Vorkaufsverpflichtete war gehalten, vorzugsweise diesen zweiten Vertrag zu erfüllen. Wegen des Eigentumserwerbs des Dritten war der Verkäufer im Normalfall nun nicht mehr in der Lage, real zu erfüllen, was zur Folge hatte, dass der Vorkaufsberechtigte dem Veräusserer gegenüber nur eine Schadenersatzforderung geltend machen konnte (10). Der Erbzinsherr indessen war befugt, bei ungehörigem Verkauf durch den Emphyteuta dem Dritten das Gut wieder abzufordern; er konnte vindizieren, gestützt jedoch nicht auf sein VKR, sondern auf besondere, für die Emphyteuse geltende Bestimmungen (11).

---

4) WALCH, S. 5/7; GLUECK, 16, S. 175.
5) KASER Max, Das Römische Privatrecht II, München 1959, S. 193, N. 40.
6) JAEGER, §§ 1 bis 4.
7) JAEGER, S. 8; GLUECK, 16, S. 174.
8) JAEGER, S. 14; WIEDERKEHR, S. 23.
9) GLUECK, 16, S. 172; WINDSCHEID Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 9. Aufl., Frankfurt 1906, § 388 Ziff. 2.
10) JAEGER, S. 5 und 30.
11) JAEGER, S. 7; GLUECK, 16, S. 173/74; WALCH, S. 12; WIEDERKEHR, S. 66.

§ 5 DAS G VKR IM DEUTSCHEN RECHT

1. Frühzeit und Mittelalter

Seine direkten Vorläufer findet das g VKR in den auf Gewohnheitsrecht oder auf Gesetz beruhenden Näher- oder Zugrechten des deutschen Rechts (1). Sie wurzelten in der kollektivistischen Lebensauffassung der Germanen. Anders als das klassische römische Recht, das uns als eine auf den Menschen als Individuum zugeschnittene wissenschaftliche Schöpfung überliefert ist, stellt das deutsche historische Recht nicht auf den einzelnen, sondern auf die Personengemeinschaft als Zelle allen sozialen Lebens ab: Im Mittelpunkt stand die Familie im weiteren Sinn, d.h. die Sippe und übergeordnet die Markgenossenschaft. Erst die Zugehörigkeit zum Personenverband verschaffte dem einzelnen einerseits wirtschaftliches Ansehen; andererseits gewährte sie ihm Schutz und zwang ihn gleichzeitig zur Rücksichtnahme auf den Nächsten und die Interessen der Gemeinschaft (2).

Die auf solchem Boden gewachsene Eigentumsordnung ist durch die Gebundenheit des Eigentums gekennzeichnet. Die wichtigste Eigentumsbeschränkung, eine Verfügungsbeschränkung, ergab sich im germanischen Recht aus der Hausgemeinschaft. Inhaber der Hausgewalt waren der Vater, seine Söhne oder, wenn Söhne fehlten oder vorverstorben waren, die Enkel. Ueber das Hausgut konnte der Hausvater nur zu gesamter Hand, mit Zustimmung und Mitwirkung der Söhne, verfügen. Erst allmählich setzte sich unter dem Einfluss des Christentums das Recht des Vaters auf einen sog. "Freiteil" durch, über den er verfügen konnte - zum Heil der Seele am besten zugunsten der Kirche. Das restliche Vermögen aber, Grundeigentum und Fahrhabe, blieb den engsten Hausgenossen, vorab den Söhnen, verfangen: Es war gebunden durch ein Wartrecht (3).

Im sächsischen Stammesrecht führte die Lockerung des Gesamthandprinzips zur Bildung des sog. Beispruchsrechts, in welches sich im Laufe der Zeit die Freiteilsrechte umwandelten und das lediglich Grundstücke betraf. Jede Verfügung über Grund und Boden, sei sie entgeltlich oder nicht, konnte nur mit der Zustimmung des nächsten Erben erfolgen. Fehlte sein Einverständnis, konnte der Erbe das Rechtsgeschäft binnen Jahr und Tag anfechten und das Grundstück von jedem Dritten ohne Erstattung des Kaufpreises herausverlangen, so als ob der Erbfall eingetreten wäre. Im Falle der "Leibesnot" des Eigentümers allerdings entfaltete das Anwartschaftsrecht des Erben seit alters her keine Wirkung, und der Haus-

---

1) STEINHAUSER, S. 49; HUBER, System und Geschichte IV, S. 719; zu den rechtgeschäftlichen Näherrechten im Mittelalter vgl. GIERKE, II, S. 797ff.
2) HUEBNER, S. 127ff.; WIEDERKEHR, S. 20.
3) HUEBNER, S. 328ff.; GIERKE, II, S. 785ff.; WIEDERKEHR, a.a.O.

herr konnte ohne "Erbenlaub" verfügen (4).

Die allmähliche Auflösung der Hausgemeinschaft schwächte beide Rechte ab. Wartrecht und Beispruchsrecht mussten den Interessen der Gläubiger des Erblassers weichen. Was im Mittelalter übrig blieb war die Befugnis der Berechtigten, das Gut bei Veräusserung an einen Minderberechtigten gegen Entrichtung des vollen Kaufpreises an sich zu ziehen; daher die Namen "Zugrecht", "Näherrecht", "Retrakt" oder sogar "Vorkauf" (5).

Der Art und Anzahl gesetzlicher Näher- und Zugrechte war im hohen Mittelalter Legion. Grösste Verbreitung erfuhr die Erblosung (retractus gentilicius oder retractus ex iure consanguinitatis), hervorgegangen aus dem Beispruchsrecht als Ausfluss der familienrechtlichen Gebundenheit des Grundeigentums. Erbberechtigte Verwandte waren zum Zuge berechtigt. Die Marklosung (retractus ex iure incolatus), das Näherrecht der Mark-, Dorf- oder Hofgenossen, berechtigte die Mitglieder des genossenschaftlichen Verbandes, Grundstücke im Gemeindegebiet an sich zu ziehen. Auch die Nachbarlosung (retractus ex iure vicinitatis) gehört in diesen Sachzusammenhang: Gemeinde- oder Landesfremde sollten ferngehalten werden. Unter den Näherrechten kraft Herrschaftsrecht stach der grundherrliche Retrakt (retractus ex iure dominii directi) hervor. Endlich bleibt das Gespildenrecht oder die Teillosung (retractus ex iure congrui) zu erwähnen, Zugrecht der Besitzer von Teilen eines ursprünglich unteilbaren Grundstücks. Als Fron- oder Zinslosung galt es vor seiner endgültigen Beseitigung noch unter Eigentümern von Grundstücken, die durch gemeinsame Dienstpflicht verbunden waren (6).

2. Auswirkungen der Rezeption

Im Gegensatz zum obligatorischen Retrakt des römischen Rechts, der letztlich nur einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Veräusserer gewährte, war das Näherrecht in deutschen Landen seinem Inhalt nach ein Anwartschaftsrecht, gerichtet auf den Erwerb der Sache (7). Im Mittelalter entstanden aus dem Beispruchsrecht, gab es in seiner ursprünglichsten Form dem Träger den Anspruch auf Vorkauf, nämlich den Anspruch, die Sache entweder dem Veräusserer abzufordern oder aber bei ungehörigem Verkauf den Dritterwerber mit dinglicher Klage zu be-

---

4) HUEBNER, S. 332f.; GIERKE II, S. 786; HUBER, System und Geschichte IV, S. 717; STEINHAUSER, S. 34; HEUSLER Andreas, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. II, Leipzig 1886, S. 54ff., spricht vom "Einspruchsrecht" der Erben.

5) HUEBNER, S. 334; GIERKE II, S. 766ff.; LIVER, ZSR 68 (1940) 70; WIEDERKEHR, S. 22; weitere Bezeichnungen bei WALCH, S. 14.

6) GIERKE II, S. 785ff.; STEINHAUSER, S. 126.

7) GIERKE II, S. 772; WIEDERKEHR, S. 24.

langen und das Gut gegen Entrichtung des "Kaufschillings" von ihm zu behändigen (8).

Die Rezeption des römischen gemeinen Rechts in Deutschland stellte die Dogmatiker vor grosse Schwierigkeiten, liessen sich doch die Merkmale des römischrechtlichen ius protimiseos mit denen des deutschrechtlichen Näherrechts nur schwer auf einen Nenner bringen. Die im römischen Recht geschulten Juristen des 16. Jh. versuchten unter anderem, das Näherrecht mit Hilfe einer actio in rem scripta als Forderungsrecht auszugestalten; die sachenrechtliche Auffassung vom dinglichen Charakter des Näherrechts gewann jedoch die Ueberhand (9). Eine andere Lehrmeinung wollte VKR und Retrakt klar voneinander trennen und zwei verschiedene Rechte unterscheiden: jenes nur gegen den Veräusserer, dieses als blosses Zugrecht nur gegen den minderberechtigten Dritterwerber gerichtet, der bereits Eigentum erlangt hatte (10). Indessen stimmten schon damals Theorie und Praxis nicht immer überein. In einzelnen Partikularrechten hielt nach der Rezeption die Trennung von VKR und Näherrecht in seiner jüngern Form Einzug, in andern wurden die beiden Institute miteinander verbunden. Manchenorts hielt sich aber auch die Auffassung vom ältern Näherrecht als dinglichem VKR, das sich nicht bloss gegen den Dritten, sondern in erster Linie gegen den verkaufenden Eigentümer richtete (11); denn ausgestaltet als dingliches VKR fand das Näherrecht Aufnahme in verschiedenen neuen Gesetzbüchern (12).

3. Die spätere Entwicklung in Deutschland

Der wichtigste Retrakt des Mittelalters, die Erblosung, wurde nach der Rezeption als Hauptfall des Näherrechts gesetzlich geregelt (13). Sie diente in der Folge als Vorbild für die Ausgestaltung anderer gesetzlicher Näherrechte, so unter anderem für die Ganerbenlosung (retractus ex iure condominii), welche den Miterben bei Veräusserung eines ideellen Anteils eines im Gemeinschaftseigentum stehenden Grundstücks das Recht zum Zuge gab (14). Das deutsche BGB hat dieses Recht als

---

8) GIERKE II, S. 767; FRICK, S. 14, unterscheidet diese ältere Form des Näherrechts von der jüngeren des 16. Jh.s, die sich ausschliesslich gegen den Dritterwerber richtete.
9) GIERKE II, S. 770.
10) GIERKE II, S. 775; STEINHAUSER, S. 49; LIVER, ZSR 68 (1949) 73; WIEDERKEHR, S. 25; FRICK, S. 14ff.
11) GIERKE II, S. 773; WIEDERKEHR, S. 24.
12) § 1094ff. BGB; § 1073 ABGB; vgl. dazu GIERKE II, S. 773 Anm. 29.
13) GIERKE II, S. 778; HUEBNER, S. 428.
14) In der freien Veräusserlichkeit zeigt sich die Abschwächung des Gesamthandprinzips. Eigentliches Miteigentum wird in den Quellen oft nur im Zusammenhang mit dem Zugrecht erwähnt: HUBER, System und Geschichte IV, S. 697/98; WIEDERKEHR, S. 22.

gesetzliches VKR der Miterben übernommen (15). Da das Ganerbenrecht später in verschiedenen Gegenden ganz allgemein auf Miteigentumsverhältnisse an Liegenschaften, teilweise sogar an Fahrnis, erstreckt wurde, sieht WIEDERKEHR in ihm auch den direkten Vorläufer des schweizerischen Miteigentümervorkaufsrechts (16). Davon abweichend sind HUEBNER, STEINHAUSER und FRICK zu verstehen, die das Gespilderecht als Wurzel der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung unter Miteigentümern betrachten (17).

Zu gemeinrechtlicher Geltung gelangte nur eines der Näherrechte, nämlich der Lehensretrakt (retractus feudalis), dem Lehensherrn und den Lehensfolgern dem Vasallen gegenüber zugebilligt (18). Er entwickelte sich aus dem grundherrlichen Retrakt des Mittelalters, welcher dem Grundherrn an den nach Hofrecht verliehenen Bauerngütern, seitdem und insoweit sie veräussert werden durften, die Nähergeltung einräumte, und der später in manchen Gegenden allgemein dem Obereigentümer eines Grundstücks zustand (19). Umgekehrt findet sich auch ein Näherrecht des Untereigentümers (20). In städtischen Verhältnissen kannte man ein entsprechendes Näherrecht des Zinsherrn bei der Häuserleihe, das im Näherrecht des Rentengläubigers am belasteten Grundstück weiterlebte, und umgekehrt erschien mitunter auch das Näherrecht des Rentenschuldners beim Verkauf des Rentenrechts, des Zehntpflichtigen beim Verkauf der Zehntberechtigung (21). Dies gegenseitige Retraktrecht von Ober- und Untereigentümer erinnert sehr an das im heutigen schweizerischen Recht statuierte g VKR von Grundeigentümer und Baurechtsinhaber (Art. 682 Abs. 2 ZGB). Zwar beruht dieses g VKR neuester Prägung nicht mehr auf der deutschrechtlichen Lehre vom geteilten Eigentum, wohl aber auf einem wirtschaftlich ähnlich gearteten Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer als dem Inhaber totaler unmittelbarer Sachherrschaft und dem Bauberechtigten, dessen Sachherrschaft in ihrem Umfang beschränkt ist.

Im 18. Jh. begann man, die Näherrechte als missliebige Beschränkungen des freien Verkehrs zu bekämpfen und gesetzlich zurückzudrängen (22). Im 19. Jh. wurden die meisten herkömmlichen Retrakte vollends beseitigt, einerseits zwecks Befreiung des Individuums von rechtlicher Bindung, andererseits aber aus Grün-

---

15) § 1094ff. BGB; GIERKE II, S. 794. Im schweizerischen Recht erübrigt sich ein VKR der Miterben, da die Erbengemeinschaft nur zu gesamter Hand verfügen kann; vgl. unten § 7, S. 71 Anm. 5.
16) WIEDERKEHR, S. 22.
17) HUEBNER, S. 429; STEINHAUSER, S. 126; FRICK, S. 29.
18) GIERKE II, S. 768.
19) GIERKE II, S. 793; BESELER Georg, System des gemeinen deutschen Rechts, 4. Aufl., Berlin 1885, S. 398.
20) WAECHTER Carl Georg, Geschichte, Quellen und Literatur des würtembergischen Privatrechts, Bd. I, Stuttgart 1839, S. 526; vgl. auch STOBBE O., Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. II/1, 3. Aufl., Berlin 1896, S. 475; Ilanzer Artikelbrief von 1526 bei STEINHAUSER, S. 127ff.
21) GIERKE II, a.a.O.
22) GIERKE II, S. 768f.

den praktischer Natur. Aufschluss über die Einstellung der Zeitgenossen zu gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen gibt eine drastische Beschreibung in der Schleswig-Holsteinischen Verordnung von 1794, in welcher das Näherrecht bezeichnet wird als "eine im Ganzen gemeinschädliche, mit mehrerem Nachtheil als Nutzen für den Staat verbundene Einrichtung, die das Wohlgefallen des Eigentümers an dem Seinigen schwächet, den Unternehmungsgeist ebenso oft niederschlägt als ermuntert, die Gewinnsucht unterhält und unter Blutsfreunden, Nachbarn und Mitbürgern häufige Zwistigkeiten und verderbliche Prozesse nach sich zieht" (23).

23) Text wiedergegeben bei STOBBE, a.a.O., S. 476, Anm. 31.

§ 6 DAS G VKR IN DER SCHWEIZ

Die schweizerischen Statutarrechte des 16. bis 18. Jh.s regelten das Näherrecht, meist in seiner jüngeren Form als blosses Zugrecht - auch Zug, Losung oder Retrakt genannt -, sehr eingehend (1). Ihm war aber unter dem Einfluss der französischen Revolution auf schweizerischem Gebiet das gleiche Schicksal beschieden wie in Deutschland. Als lästige Eigentumsbeschränkung fand es in der Gesetzgebung der Helvetik keine Gnade. Für die radikale Abschaffung ist indessen nicht nur die individualistische Strömung der Zeit verantwortlich zu machen. Auch die Tatsache, dass diejenigen Gemeinschaften, die man durch die Belastung mit Retrakten vor der drohenden Auflösung retten wollte, nun doch nicht mehr zu retten waren, trug das Ihrige dazu bei (2). Mitbestimmend waren im übrigen, wie in Deutschland, die schlechten Erfahrungen, die man mit dem Institut im täglichen Leben gemacht hatte: Nur allzuoft hatte der Richter Streitigkeiten um Zug- und Näherrechte zu entscheiden (3).

Nach der Wiederaufrichtung des Staatenbundes wurde es den Kantonen anheimgestellt, die Zugrechte neu einzuführen. In wenigen Kantonen lebte das Institut hernach wieder auf, so in Schwyz, Ob- und Nidwalden (4), erlangte aber nie mehr seine ehemals überragende Bedeutung. In den Kodifikationen des kantonalen Privatrechts hat das Zugrecht, mit Ausnahme von Bern, keinen Eingang mehr gefunden (5). Die Kantone Zürich, Solothurn, Luzern und Aargau bestätigten sogar die in der Helvetik verfügte Aufhebung und verboten sowohl gesetzliche als auch vertragliche VKRe ausdrücklich (6). J.P. REINERT, der Verfasser des solothurnischen CGB, verweigerte die Aufnahme des Zugrechts mit dem Hinweis auf Ränke und Betrügereien, welche zur Umgehung des Instituts verübt würden: Dem Züger nütze der Verkauf von Liegenschaften wenig, wenn "Empfangsbescheinigungen" über deren Wert Auskunft gäben und er sich auf diese Art zur Bezahlung eines übersetzten Preises genötigt sehe (7). Auch der Redaktor des bündnerischen CGB, Peter Conradin von PLANTA, äusserte sich scharf ablehnend (8). Das im Volksbewusstsein fest verankerte Zugrecht an Grundstücken war in Graubünden in exzessivster Weise gehandhabt worden, hatte es doch nach Statutarrecht neben den Blutsverwandten und Erben auch den Gemeindegenossen zugestanden und als "ewige Marklosung" in manchen Gemeinden sogar zeitlich unbeschränkt ausgeübt werden können. Kantonale Vorschriften aus den Jahren 1814 und 1838 liessen den verwandtschaftlichen Zug noch bestehen (9); PLANTA beseitigte in der Kodifikation von 1862

---

1) HUBER, System und Geschichte IV, S. 719/20; FRICK, S. 16.
2) HUBER, a.a.O., S. 728ff.
3) LIVER, ZSR 68 (1949) 72.
4) HUBER, a.a.O.
5) LIVER, a.a.O.; STEINHAUSER, S. 49.
6) HUBER, a.a.O.; WIEDERKEHR, S. 26/28.
7) FRICK, S. 86.
8) LIVER, ZSR 68 (1949) 72 Anm. 49.
9) STEINHAUSER, S. 136ff.

auch dieses Ueberbleibsel. Obwohl er das Verhindern der Zerstückelung landwirtschaftlichen Bodens als nützliche Retraktsfunktion anerkannte, bezeichnete er das Zugrecht als "eine Institution, die wie eine Ruine unter den neuen Schöpfungen und Ideen stehen geblieben sei" (10), und als eine mit den Bedürfnissen der Zeit nicht mehr zu vereinbarende Einrichtung musste es dem rechtsgeschäftlichen VKR weichen, das fortan die positiven Funktionen des Zugrechts übernehmen sollte (11).

Im Kanton Bern gingen dem Gesetz über den Blutzug vom 7. Januar 1806, das ein auf die Verwandten beschränktes Zugrecht statuierte, lange Beratungen über die Frage voraus, ob die in der Helvetik erfolgte Retraktaufhebung beibehalten werden solle oder nicht. Aufschluss über die Argumente für und wider geben die Protokolle des Justiz- und Polizeirates aus den Jahren 1804 und 1805 (12). Den Befürwortern, die den Zusammenhalt des Familiengutes über alle Bedenken stellten, hielten die Gegner die allseitige Schädlichkeit des Zugrechtes entgegen: Der Käufer werde während eines Jahres an der Nutzung des Gutes gehindert aus Furcht, jemand "ziehe" das Gut, ohne ihm seine Aufwendungen zu ersetzen, und der Verkäufer sei gefährdet, weil der Züger u.U. seinen finanziellen Verpflichtungen nicht nachkommen könne. Ueberhaupt sei das Zugrecht eine "überaus mannigfache Quelle von Prozessen" (13), sei es wegen Bestreitung des Rechts selbst, sei es wegen Umgehung des Zuges; auch erleide der Staat Verluste an Gebühren, da die Handänderung gehemmt werde.

Es waren im wesentlichen die gleichen Befürchtungen, die bei der Ausarbeitung der bernischen Privatrechtskodifikation wieder laut wurden. Redaktor Samuel Ludwig SCHNELL wehrte sich gegen die Aufnahme des Zugrechts (14). Allein, SCHNELL hatte den Auftrag, das bernische CGB als erstes in der Schweiz streng nach dem Grundsatz der möglichst unveränderten Beibehaltung alten einheimischen Rechts zu konzipieren (15), und zum vaterländischen Recht gehörte natürlich auch der Blutzug. SCHNELL drang deshalb mit seiner Meinung nicht durch. Ein letzter Vorstoss im Grossen Rat, das Zugrecht als Ursache der Wertverminderung der Güter aufzuheben, scheiterte ebenfalls (16). Somit war die bernische Kodifikation von 1824 bis 1830 die einzige, die dem Zugrecht noch einen Platz einräumte.

Seit Mitte des 19. Jh.s sind Zug- und VKR auch zum Gegenstand bundesrechtlicher Regelung geworden. In Anlehnung an das helvetische Gesetz vom 12. Juni 1798 schaffte man mit den Art. 51 der BV von 1848 und 62 der revidierten BV von 1874

---

10) LIVER, Peter Conradin von PLANTA, Sonderabdruck aus Schweizer Juristen der letzten 100 Jahre, Bern 1952, S. 214/15.
11) Die analoge Regelung findet sich in den Kodifikationen der Kantone St. Gallen, Wallis und Tessin; vgl. WIEDERKEHR, S. 28.
12) Protokolle des bern. Justiz- und Polizeirates, Bde. 3-7 (Staatsarchiv Bern, Sig. B IX 867-871).
13) Protokoll Bd. 3, S. 299; siehe auch FRICK, S. 87.
14) ROTH, S. 182.
15) LIVER, ZSR 68 (1949) 72; ROTH, S. 80; FRICK, S. 87.
16) ROTH, S. 182.

alle Abzugsrechte im Innern der Schweiz sowie die Zugrechte von Bürgern des einen Kantons gegen Bürger anderer Kantone ab. Unter Abzugsrechten sind die öffentlichen Abgaben zu verstehen, mit welchen Personen belastet wurden, die infolge Heirat, Auswanderung oder Erbschaft Vermögen ins Ausland zogen; um Zugrechte im wirklichen Sinn des Wortes handelt es sich nur im zweiten Teil des Art. 62. Zu beachten ist dabei, dass Art. 62 BV als Anwendungsfall von Art. 60 BV nur diejenigen Zugrechte verbietet, die ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des Erwerbers zugunsten Kantonsangehöriger und zulasten Kantonsfremder bestehen. Die kantonalen Zugrechte von Verwandten und Miteigentümern standen somit der BV nicht entgegen, und BURCKHARDT erachtet auch Zugrechte zugunsten der Einwohner einer Gemeinde oder der Bewohner eines Kantons als verfassungsmässig, sofern das Kantonsbürgerrecht keine Rolle spielt (17).

In der Privatrechtsgesetzgebung durch den Bund finden sich keine Zugrechte mehr. Das g VKR der Miteigentümer in Art. 682 Abs. 1 ZGB war 1912 der letzte Zeuge eines Rechtsinstituts, das auf eine jahrhundertelange Geschichte zurückblickt. Die wenigen Einwände in der Expertenkommission gegen das Miteigentümervorkaufsrecht fanden keinen Widerhall, und mit der Ueberzeugung, "ein gerechtfertigteres VKR als das der Miteigentümer könne es nicht geben" (18), wurde ein Streichungsantrag deutlich abgelehnt.

Im weiteren Verlaufe des 20. Jh.s scheint man sich nun wie in Deutschland vermehrt des g VKRs zu erinnern und es da und dort wieder einsetzen zu wollen. Mit Art. 682 Abs. 2 ZGB hielt das g VKR von Grundeigentümer und Baurechtsinhaber im Jahre 1965 Einzug ins Bundesprivatrecht, und in der Agrargesetzgebung und im öffentlichen Recht von Bund und Kantonen bieten g VKRe immer wieder Diskussionsstoff (19). Anerkennung von Juristen und Laien wird dem Institut aber nur gezollt werden können, wenn es der Gesetzgeber mit der nötigen Umsicht zu handhaben weiss. Die praktischen Erfahrungen mit den Zug- und Näherrechten haben ja gezeigt, dass Rechtsunsicherheit und Streit häufige Folge unbedachter Verwendung dieses "komplizierten und gefährlichen Instrumentes" (20) waren. Das Problem der Umgehung des VKRs im Baurecht ist denn auch bereits Gegenstand eines neueren Bundesgerichtsentscheides geworden (21), und verwickelte Verhältnisse entstehen bei Konkurrenz verschiedener Berechtigter, da die Reihenfolge ihrer Ansprüche nur selten eindeutig ist. Es sei deshalb an dieser Stelle auf ein erstes Kriterium für eine sinnvolle Anwendung des g VKRs hingewiesen, das sich aus der geschichtlichen Betrachtung ergibt. In seinen überlieferten Formen diente das Institut immer nur e i n e m ganz bestimmten Zweck, nämlich dem Schutz der kleinen Gemeinschaft (Verwandte, Erben, Genossenschaft, Nachbarn, Gläubiger) vor dem Eindringen eines unerwünschten Fremden, und, nicht zu trennen davon, dem Schutz des Grundeigentums vor Zersplitterung und Aufteilung in mehrere Hän-

---

17) BURCKHARDT, Kommentar zur BV, 3. Aufl., Bern 1931, S. 580/81.
18) Prot Exp Komm ZGB III, S. 52; WIEDERKEHR, S. 34.
19) Vgl. unten, §§ 14 und 15.
20) LIVER, ZSR 68 (1949) 73.
21) BGE 92 I 539ff. E. 6; unten, § 12, S. 96.

de (Gespildenrecht, grundherrlicher Retrakt, Blutzug). Diese historischen Zielsetzungen sind im Auge zu behalten. LEUENBERGER sagt von den mannigfachen Retraktsbildungen im Kanton Bern, die er als "getreues Spiegelbild im Kleinen der gesamten germanischen Rechtsentwicklung im Grossen" wertet, ihnen habe, "ungeachtet ihrer Abweichungen im Einzelnen, dennoch allzumal eine gemeinsame Idee zugrunde gelegen, die Idee nämlich, dass gewisse wirklich oder vermeintlich zusammenhängende Güterkomplexe gewissen bevorzugten Personenkreisen nicht entfremdet werden dürften" (22). Dass diesem Aspekt, dem Zusammenhalt des Grundeigentums zugunsten bestimmter Personengemeinschaften, heute von verschiedenen Seiten mit einem gewissen Misstrauen begegnet wird, ist verständlich, möchte man sich doch unter allen Umständen der Bildung von Grossgrundbesitz und Entwicklungstendenzen in Richtung Feudalstaat entgegenstellen. Aehnliche Ueberlegungen führten ja auch zur Verankerung der Ablösungsmöglichkeit von Grundlasten nach dreissig Jahren (Art. 788 ZGB) im Gesetz sowie zur Bestimmung, dass beim Heimfall eines Baurechts stets eine angemessene Entschädigung zu entrichten ist (Art. 779 g ZGB). Eine gewisse Vorsicht in der Handhabung g VKRe ist denn auch sehr nützlich, um einer Inflation g VKRe in beliebigen Rechtsgebieten und zu den verschiedenartigsten Zwecken vorzubeugen.

---

22) LEUENBERGER J., Vorlesungen über das bernische Privatrecht II/1, Bern 1851, S. 453; siehe auch LIVER, a.a.O. und WIEDERKEHR, S. 25.

3. Kapitel:

DAS G VKR IN DEN KODIFIKATIONEN UNSERER NACHBARLAENDER (1)

§ 7 DEUTSCHLAND

Im heutigen deutschen Recht findet sich das g VKR der Miteigentümer, das viele Partikularrechte noch kannten, nicht mehr (2). Das bürgerliche Gesetzbuch (BGB), das im Jahr 1900 in Kraft trat, hat als einziges g VKR die Ganerbenlosung aufrechterhalten (3), das g VKR der Miterben beim Verkauf eines Erbanteils (§§ 2034ff. BGB). Es bezweckt, das Eindringen unliebsamer Fremder in die Erbengemeinschaft einigermassen einzuschränken, das sonst möglich wäre, da jeder einzelne Miterbe gemäss § 2033 Abs. 1 BGB frei über seinen Anteil am Nachlass verfügen kann (4). Auszuüben ist das VKR durch alle Miterben gemeinsam gegenüber dem Verkäufer (§ 508 BGB) und nach erfolgter Uebertragung des Erbanteils gegenüber dem Erwerber (§ 2035 BGB) (5).

Das BGB kennt im übrigen nur rechtsgeschäftlich zu begründende VKRe, einerseits das in den §§ 504-514 eingehend geregelte persönliche VKR und andererseits das in den §§ 1094-1104 normierte dingliche VKR, das ebenfalls den Bestimmungen der §§ 504ff. untersteht (§ 1098 Abs. 1 BGB), jedoch nur an Immobilien errichtet werden kann (6). Einem obligatorischen VKR an einem Grundstück wird durch Vormerkung im Grundbuch Wirkung gegenüber einem Dritterwerber verliehen, während das dingliche VKR "Dritten gegenüber ... die Wirkung einer Vor-

---

1) Zum g VKR im spanischen Recht, insbesondere zum Miteigentümervorkaufsrecht, vgl. WIEDERKEHR, S. 30ff.
2) STAUDINGER III, N. 4 zu § 1095 BGB; WIEDERKEHR, S. 33; MEIER-HAYOZ, Rechtsvergleichung zu Art. 682 ZGB, Komm. S. 128.
3) Vgl. oben, § 5, S. 63.
4) DAS BUERGERLICHE GESETZBUCH, Kommentar hgg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Bd. V, 1. Teil, Erbrecht (§§ 1922-2146), 11. Aufl., Berlin 1960, Anm. 1 zu § 2034.
5) STAUDINGER V, N. 13 zu § 2034; § 2035 Abs. 1 BGB schliesst die Ausübung gegenüber dem Verkäufer nach der Eigentumsübertragung aus. - Im schweizerischen Recht stellt sich das Problem eines g VKRs der Miterben nicht, da der Nachlass der Erbengemeinschaft zu gesamter Hand zusteht, ein Erbe also vor der Teilung seinen Anteil nicht veräussern kann (Art. 602 ZGB; MEIER-HAYOZ, a.a.O.).
6) Gegenstand des dinglichen VKRs sind neben Grundstücken auch reale oder ideelle Teile davon und "grundstücksgleiche" Rechte, so das Erbbaurecht (§ 11 Erb b VO) und das Wohnungseigentum (§ 7 WEG); vgl. STAUDINGER III, N. 9 zu § 1094.

merkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechts entstehenden Anspruchs auf Uebertragung des Eigentums'' (§ 1098 Abs. 2 BGB) bereits in sich schliesst. Die Geltendmachung gewillkürter VKRe richtet sich indessen stets gegen den Veräusserer, nie gegen den Dritten; auch nach erfolgter Eigentumsübertragung wird der Dritte nie Vorkaufsverpflichteter (7).

Zahlreiche g VKRe sind in Deutschland durch die Spezialgesetzgebung eingeführt worden. So strebte man nach dem ersten Weltkrieg mit den g VKRen im Reichssiedlungsgesetz vom 11. August 1919 (8) und im Reichsheimstättengesetz vom 10. März 1920 (9) eine Verbesserung der Agrarstruktur durch sachgerechtere Verteilung des Bodens an (10). Nach dem zweiten Weltkrieg statuierten viele Bundesländer in ihren Gesetzen über den Wiederaufbau g VKRe der Gemeinden (11). Neuesten Datums sind nun die g VKRe der öffentlichen Hand, welche das seit dem 23. Juni 1963 in Kraft stehende Bundesbaugesetz festlegt (§ 24f. BBauG). Zu unterscheiden ist zwischen einem allgemeinen und einem besonderen VKR. Dem allgemeinen VKR (§ 24 BBauG) wird eine bodenordnende und bodenverbilligende Funktion zugedacht: Es soll verhindern, dass zum Verkauf angebotene Grundstücke in die Hände von Personen geraten, die nicht gewillt sind, das Gelände der Planung entsprechend zu nutzen, und es soll zugleich Preissteigerungen an Grundstücken entgegenwirken (12). Das besondere, nur für unbebaute Grundstücke geltende VKR (§ 25 BBauG) soll den Gemeinden die Erfüllung ihrer Aufgaben, insbesondere bezüglich des Wohnungsbaus, erleichtern, soll als Mittel zur Landbeschaffung und zur Erneuerung der Bodenreserven dienen (13).

---

7) STAUDINGER III, N. 15 zu § 1094.
8) Heute in der Fassung von § 27 des Grundstücksverkehrsgesetzes vom 28. Juli 1961; vgl. dazu STAUDINGER II, N. 4 zu den Vorbemerkungen zu § 504 BGB; WIEDERKEHR, S. 34; MEIER-HAYOZ, a.a.O. mit Hinweisen auf die Spezialliteratur.
9) Näheres bei STAUDINGER II, a.a.O.; MEIER-HAYOZ, a.a.O.
10) EBERT, NJW 9 (1956) 1621.
11) STAUDINGER II, a.a.O.; GLAUSER, S. 5; eine Uebersicht über g VKRe des Bundes und der Länder findet sich bei STAUDINGER III, Vorbemerkungen zu den §§ 1094ff., N. 11ff.
12) EBERT, NJW 14 (1961) 1430ff.; AUBERT, ZSR 83 (1964) II. Halbband, 94ff.; GLAUSER, S. 4ff.
13) EBERT, a.a.O., S. 1431/32.

§ 8 OESTERREICH

Schon das josephinische Gesetzbuch aus dem Jahre 1796 hat mit den früher so verbreiteten Näher- oder Retraktrechten radikal aufgeräumt und nur das obligatorische VKR aufgenommen (1). Dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) von 1811 sind denn auch g VKRe unbekannt. Die §§1072ff. gestatten dem Verkäufer einer Sache bloss, sich im Kaufvertrag für den Fall des Wiederverkaufs ein obligatorisches VKR vorzubehalten, wobei Lehre und Praxis allerdings auch die selbständige rechtsgeschäftliche Begründung des VKRs zulassen (2).

G VKRe sind aber auch in Oesterreich durch die Spezialgesetzgebung statuiert worden, so z.B. in der 2. Hälfte des 19. Jh.s in Böhmen zugunsten der Miterben (3) und, nach 1918 mit Geltung für die ganze Republik, zu der Böhmen nun nicht mehr gehörte, zugunsten gemeinnütziger Siedlungsunternehmen zwecks Landbeschaffung für Neu- und Anliegersiedlungen (4). Auch enthielt das Grundverkehrsgesetz in § 9 (5) ein g VKR zugunsten eines vom Bergbauernhilfsfond namhaft gemachten Käufers eines landwirtschaftlichen Grundstücks; das BG vom 18. Juni 1946, welches das Grundverkehrsgesetz wieder in Kraft setzte, wurde indessen vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig aufgehoben (6).

---

1) GSCHNITZER Franz, Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Bd. III, Wien 1963, S. 30.
2) GSCHNITZER, a.a.O.; WIEDERKEHR, S. 33.
3) § 11 des böhmischen Landgesetzes von 1869; EHRENZWEIG Adolf, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II/2, 2. Aufl., § 489, S. 400.
4) ADAMOVICH Ludwig, Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts, Bd. III, Wien 1953, S. 124.
5) BGBl Nr. 251/1937.
6) BGBl Nr. 128/1953; MEIER-HAYOZ, Rechtsvergleichung zu Art. 682 ZGB, S. 129.

Der Code civil von 1804 (CCfr) enthält zwei g VKRe, den retrait successoral (Art. 841) und den retrait litigeux (Art. 1699) (1). Beim retrait successoral handelt es sich um ein spezielles, auf dem Miteigentum beruhendes g VKR, das analog dem deutschen Miterbenvorkaufsrecht aus der Ganerbschaft hervorgegangen ist. Es steht den Miterben gegenseitig zu und bezweckt, Aussenstehende von der Erbteilung auszuschliessen. Ein allgemeines Miteigentümervorkaufsrecht kennt das französische Recht sowenig wie das deutsche (2).

Mit dem retrait litigeux statuiert der CCfr ein g VKR, das nicht auf die deutschrechtlichen Retrakte, sondern auf Gesetze der römischen Kaiserzeit zurückgeht und als retratto litigioso auch dem Codice civile italiano von 1865 bekannt war (Art. 1546) (3). Der Schuldner eines streitigen Rechts kann sich durch Bezahlung des gleichen Preises, zu dem ein Zessionar das streitige Recht erworben hat, befreien. Zweck des g VKRs des debitor cessus ist der Schutz des Schuldners vor Ausbeutung durch Spekulanten, die bestrittene Forderungen billig aufkaufen und damit ein einträgliches Geschäft betreiben (4).

Aufgrund der Spezialgesetzgebung stehen dem französischen Staat seit geraumer Zeit zwei gesetzliche VKRe zu. Einmal gewähren Art. 36f. des Finanzgesetzes vom 31. Dezember 1921 ein öffentliches VKR an Kunstgegenständen aller Art, die durch öffentliche Versteigerung Hand wechseln (5). Im weiteren enthält Art. 1904 des Code général des impôts (6) ein g VKR, dessen Zielsetzung aus heutiger Sicht wohl zu beanstanden ist: Zur Bekämpfung der Steuerhinterziehung wird einem bestimmten Zweig der Steuerverwaltung ein g VKR an allen Grundstücken in die Hand gegeben (7). Dass sich eine derartige Umgestaltung eines g VKRs in ein indirektes Zwangsmittel noch mit dem rechtlich vertretbaren Zweck des Instituts vereinbaren lässt, darf füglich bezweifelt werden, auch wenn bei öffentlichen VKRen die Zielsetzung weiter gefasst werden muss als bei privatrechtlichen (8). Einsatz und Bewährung dieses VKRs als Druckmittel seitens der Verwaltung werden denn auch im

---

1) Die Begründung rechtsgeschäftlicher VKRe (pacte de préférence; droit de préemption) ist im CCfr nicht ausdrücklich vorgesehen, aufgrund der Vertragsfreiheit aber zulässig, wobei der Vorkauf als bedingte Form des einseitigen Kaufversprechens (promesse de vente) verstanden wird; vgl. FERID, S. 600f., 2 F 131f.; WIEDERKEHR, S. 30.
2) WIEDERKEHR, S. 29; MEIER-HAYOZ, Rechtsvergleichung zu Art. 682 ZGB, S. 129.
3) WIEDERKEHR, S. 32.
4) WIEDERKEHR, a.a.O.
5) FERID, S. 602, 2 F 138; GLAUSER, S. 6.
6) Uebernommen aus Art. 34 des Gesetzes vom 31. Dezember 1941.
7) Eingehender dazu FERID, a.a.O.
8) Vgl. oben, § 15, S. 131ff., insbes. 141.

französischen Schrifttum diskutiert (9), und im übrigen scheint es selten zur Anwendung zu gelangen (10).

In jüngerer Zeit nun ist dem g VKR wieder vermehrt Beachtung geschenkt worden. Nicht nur im Zusammenhang mit dem sozialen Wohnungsbau und der Bekämpfung der Bodenspekulation hat man sich in den Jahren 1957 bis 1965 öffentlicher VKRe bedient (11); auch im Agrarrecht zog man das Institut bei. So wurde durch die Art. 790ff. des Code rural vom 16. April 1955 ein g VKR des landwirtschaftlichen Pächters am Pachtgrund eingeführt (12). Ausserdem steht den Sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER), gemischtwirtschaftlichen Siedlungsgesellschaften ohne Gewinnabsichten, ein g VKR an landwirtschaftlich genutztem Boden zu (13). Dieses VKR schränkt die Eigentumsfreiheit erheblich ein, da es durch Gesetz relativ limitiert ist: Erachtet nämlich die vorkaufsberechtigte Organisation den Preis, den ein Dritter zu zahlen bereit wäre, als zu hoch, so kann sie ihn bei Ausübung ihres VKRs gerichtlich festsetzen lassen (14). Dagegen kann das VKR nur in bestimmten ausgeschiedenen Zonen geltend gemacht werden, und das Gesetz sieht auch eine absolute Ausübungsfrist vor (15).

Schliesslich bleibt Art. 65 des Finanzgesetzes vom 23. Dezember 1960 zu erwähnen, der ein VKR der öffentlichen Hand an Grundstücken in gewissen Schutzzonen (''périmètres sensibles'') festlegt. Nicht zuletzt im Interesse des Tourismus sollen Grünflächen und Waldungen erhalten bleiben, so z. B. an den Küsten der Provence und der Côte d'Azur (16).

---

9) Vgl. dazu FERID, a.a.O., Anm. 79 mit Literaturangaben; PLANIOL/RIPERT, Traité élémentaire de droit civil, Bd. X, 2. Aufl., Paris 1956, S. 274, Nr. 232.
10) AUBERT, ZSR 83 (1964) II. Halbband, S. 97.
11) Näheres bei GLAUSER, S. 6f.
12) FERID, S. 601, 2 F 137.
13) Gesetz vom 8. August 1962 mit Ausführungserlass vom 20. Oktober 1962.
14) Der absolut notwendigen Mindestanforderung an die Preisbestimmung bei öffentlichen VKRen ist also Genüge getan; vgl. unten, § 15, S. 135.
15) FERID, a.a.O.; GLAUSER, S. 7f.
16) AUBERT, a.a.O., S. 99; GLAUSER, S. 8.

§ 10 ITALIEN

Der Codice civile italiano von 1865 enthielt ausser dem retratto litigioso kein g VKR, doch waren g VKRe als Objekte der Spezialgesetzgebung auch dem italienischen Recht nicht fremd (1).

Der Codice civile italiano von 1942 (CCit) dagegen hat dem Institut des g VKRs wieder einen Platz eingeräumt. So verankert Art. 732 unter dem Marginale "diritto di prelazione" ein gegenseitiges Erwerbsrecht unter den Miterben, das aber nicht auf die communio (Bruchteilsgemeinschaft) im allgemeinen erstreckt werden kann (2). Ein generelles Miteigentümervorkaufsrecht lässt sich also nicht daraus herleiten (3). Im übrigen handelt es sich beim "diritto di prelazione" des Art. 732 CCit auch nicht um ein g VKR im strengen Sinn des Wortes, sondern um ein Vorzugsrecht, das einer Vorhand näher steht als einem VKR (4). Es kann nämlich bereits ausgeübt werden, wenn ein Miterbe seine Quote ganz oder zum Teil an einen aussenstehenden Dritten veräussern will (5). Die Veräusserungsabsicht genügt also; der Abschluss eines Kaufvertrages ist nicht nötig. Der Verpflichtete hat alsdann den Miterben den Veräusserungsantrag unter Angabe des Preises schriftlich mitzuteilen. Binnen zweier Monate nach der Anzeige können die Miterben ihr Vorzugsrecht ausüben. Bei Unterlassung der Anzeige sind sie befugt, das Recht auch gegenüber dem Dritterwerber einzulösen; die Drittwirkung dauert jedoch nur solange die Erbengemeinschaft besteht.

Ein ähnliches gesetzliches Vorzugsrecht ist noch im Erbpachtverhältnis anzutreffen. Gemäss Art. 966 CCit hat der aus der Erbpacht Berechtigte die Kaufsofferte eines potentiellen Dritterwerbers dem Konzedenten vorzuweisen, der dann das Recht zu denselben Bedingungen erwerben kann. Aus Art. 2157 ergibt sich im weitern, dass der Pächter beim Verkauf der Produkte, die er in natura bezieht, zu gleichen Bedingungen den Verpächter einem Drittkäufer vorziehen muss (6).

---

1) WIEDERKEHR, S. 30.
2) BRANCA G., Comunione/Condominio negli edifici, in Commentario del Codice civile von SCIALOJA und BRANCA, Bd. III, 4. Aufl., Bologna und Rom 1965, N. 11 zu Art. 1103 CCit.
3) MEIER-HAYOZ, Rechtsvergleichung zu Art. 682 ZGB, S. 129.
4) MEIER-HAYOZ, a.a.O.
5) Vgl. dazu MESSINEO Francesco, Manuale di diritto civile commerciale, 9. Aufl., Bd. VI, Mailand 1962, N. 7 zu § 204.
6) MEIER-HAYOZ, a.a.O., S. 130; MESSINEO, a.a.O., Bd. II, Mailand 1965, N. 1 zu § 76.

4. Kapitel:

DIE G VKRe DES SCHWEIZERISCHEN RECHTS

Zweck des folgenden Kapitels ist die Darstellung der wichtigsten g VKRe des schweizerischen Rechts. Die Entstehungsgeschichte der einzelnen Bestimmungen, die Subjekte und das Objekt des jeweiligen VKRs sind zu beschreiben; auch sollen Probleme aufgezeigt werden, die sich im Zusammenhang mit den einzelnen der so verschiedenartigen VKRe stellen. Grundlegende Gemeinsamkeiten jedoch und Unterschiede in der praktischen Handhabung werden unter dem Gesichtspunkt der grundbuchlichen Behandlung für sämtliche g VKRe zusammen im nächsten Kapitel erörtert.

§ 11 DAS G VKR DER MITEIGENTUEMER (1)

1. Begriff und Entstehung des Miteigentums

Ueber die Fassung des Miteigentumsbegriffs (Art. 646-651 ZGB) ist die Diskussion noch heute nicht abgeschlossen. Resultat des Ringens um die Bewältigung der dogmatischen Schwierigkeiten, welche die rechtliche Konstruktion des Miteigentums bietet (2), ist eine Vielzahl von Theorien (3). Der Berner Kommentar lehrt, das Recht des Miteigentümers sei das Recht an einer Sache (4), spricht andernorts aber von einer "ideellen Quote der Sache" als Eigentumsobjekt (5) und lässt somit die Frage offen, ob das Recht des Miteigentümers das Recht an einer Sache oder das Recht an einem Recht sei (6). Nach dem Wortlaut des ZGB scheint sich das Recht des Miteigentümers auf eine Quote zu beziehen: Gemäss Art. 646 Abs. 3 ZGB hat "jeder Miteigentümer für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers, und es kann dieser Anteil veräussert und verpfändet und von seinen Gläubigern gepfändet werden". Das Bundesgericht dagegen erklärt, dass es das Miteigentum als einheitliches Eigentumsrecht an der Sache als Ganzer betrachtet, das allerdings mehreren Titularen zusteht (7).

---

1) Vgl. WIEDERKEHR, Das g VKR des Miteigentümers, Diss. Zürich 1936.
2) MENGIARDI, S. 23.
3) Darstellungen der verschiedenen Theorien finden sich bei LEEMANN, N. 5 zu Art. 646 ZGB; HAAB, N. 7 der Vorbemerkungen zu den Art. 646-654 ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 1ff. zu Art. 646 ZGB; LIVER, ZBJV 100 (1964) 261ff.
4) MEIER-HAYOZ, N. 3 zu Art. 646 ZGB.
5) MEIER-HAYOZ, N. 5 zu Art. 646; vgl. Kritik bei MENGIARDI, S. 23f.
6) Vgl. auch LEEMANN, a.a.O.
7) BGE 80 II 374.

Da sich u.E. die Abweichungen in den verschiedenen Lehrmeinungen über das Miteigentum weder auf den Begriff noch auf die Handhabung des Miteigentümervorkaufsrechts auswirken, legen wir unserer Arbeit die Auffassung LIVER's zugrunde, die doch wohl auch heute noch als herrschende Lehre angesprochen werden darf. Demnach verstehen wir unter Miteigentum das Eigentum mehrerer Personen an einer ganzen ungeteilten Sache, zu einer ideellen Quote, welche den Umfang des Anteils eines jeden an der Eigentumsgemeinschaft bestimmt, wobei diese Beteiligung des einzelnen verselbständigt und infolgedessen frei verfügbar ist (8). Diese Definition rechtfertigt es, das Miteigentum als geteilte Gesamtberechtigung zu umschreiben, womit es sich vom Gesamteigentum (Art. 652-654 ZGB) als der ungeteilten Gesamtberechtigung an einer Sache unterscheidet (9), bei der es - im Gegensatz zum Miteigentum - keine andere als die gemeinsame, d.h. die gesamthänderische Verfügung und Verwaltung gibt (10).

Ein bedeutsamer Unterschied zwischen Mit- und Gesamteigentum liegt in der Entstehung. Beim Gesamteigentum steht eine durch Gesetz bestimmte personenrechtliche Gemeinschaft im Vordergrund; das Gesamteigentum ist nur Folge davon (11). Abgesehen von der richterlich zugelassenen fortgesetzten Erbengemeinschaft entsteht es ausschliesslich gesetzlich in den vier vom schweizerischen Recht statuierten Fällen - eine Begründung durch Vertrag ist nicht möglich -: Erbengemeinschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Gemeinderschaft und einfache Gesellschaft (inkl. Kollektiv- und Kommanditgesellschaft) sind als Gesamthandschaften in ZGB und OR vorgesehen. Die Aufhebung des Gesamteigentums ist denn auch nur durch Auflösung der personenrechtlichen Gemeinschaft möglich (12). Anders beim Miteigentum: Hier bildet sich die Personengemeinschaft nur als Folge des Miteigentums; sie ist sekundär. Miteigentum entsteht meist mittelbar gesetzlich durch Rechtsgeschäft, entweder durch einen Erbteilungsvertrag oder auf Grund gesetzlicher Vermutung: Wenn mehrere Personen zusammen eine Sache erwerben, sei es ein Grundstück oder Fahrnis, ohne dass sie zusammen eine einfache Gesellschaft bilden, werden sie als Miteigentümer betrachtet (13). In seltenen Fällen allerdings entsteht Miteigentum auch unmittelbar gesetzlich. So wird gemäss Art. 670 ZGB Miteigentum

---

8) LIVER, ZBJV 100 (1964) 264 mit Literaturhinweisen.
9) LIVER, a.a.O., S. 263.
10) LIVER, Privatrechtliche Abhandlungen, S. 249.
11) BGE 84 I 126 = Pr 48 Nr. 36.
12) Die Praxis kennt als Ausnahme das Ausscheiden von Einzelstücken in der Erbgemeinschaft, das aber als Teilliquidation aufgefasst wird. Vgl. BGE 60 I 147f.; 96 II 329ff.
13) Wird aber ein gemeinsamer Zweck mit vereinten Kräften oder Mitteln angestrebt, kauft beispielsweise ein Konsortium (Architekt, Ingenieur, Baumeister und Handwerker) Bauland, so ist regelmässig auf das Bestehen einer einfachen Gesellschaft und damit auf Gesamteigentum zu schliessen.

der Nachbarn an Vorrichtungen zur Abgrenzung von Grundstücken vermutet - sog. unselbständiges Miteigentum -, und nach Art. 727 ZGB entsteht bei Vermischung beweglicher Sachen Miteigentum an Fahrnis. Das Ausscheiden eines Miteigentümers aus der Gemeinschaft zieht nicht die Auflösung der personenrechtlichen Verbindung nach sich; denn neben der Möglichkeit, seinen Anteil frei zu veräussern oder die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen, hat jeder einzelne auch noch das Recht, unter bestimmten Voraussetzungen den Ausschluss eines unverträglichen Miteigentümers zu erwirken, eine Befugnis, die bei einem Gesamthandschaftsverhältnis undenkbar wäre (Art. 649 b ZGB) (14).

2. Der Zweck des Miteigentümervorkaufsrechts

Die Vorarbeiten zum g VKR der Miteigentümer von Grundstücken in Art. 682 Abs. 1 des ZGB von 1912 gingen vom Zugrecht aus, das in den Kantonen Baselstadt, Baselland und Nidwalden den Miteigentümern untereinander zustand (15). Als letztes Ueberbleibsel der damals verbreiteten Retraktrechte, die man im übrigen nicht wieder aufleben lassen wollte, wurde das Institut in ein g VKR umgestaltet, damit es in der Praxis gleich dem rechtsgeschäftlichen VKR zu behandeln sei. Die Rechtfertigung dieses einzigen g VKR des Bundesprivatrechts sah Eugen HUBER in "dem engen Zusammenhang, in dem die Miteigentümer sich befinden" (16). Gegen die Aufnahme ins ZGB wurden in der Expertenkommission jedoch gewichtige Bedenken laut: Der Artikel 682 "hemme unnötigerweise die Verkehrsfreiheit und schädige den Wert der vom Miteigentum betroffenen Sache" (17). Ein Antrag auf Streichung wurde indessen eindeutig mit 22 zu 3 Stimmen abgelehnt (18).

Mit dem g VKR der Miteigentümer verfolgte der Gesetzgeber einen doppelten Zweck. Im Bewusstsein, dass Miteigentum oft zum Zankapfel der Beteiligten wird - communio est mater rixarum -, wollte er einerseits die Aufhebung des Miteigentums, d.h. die Umwandlung von Miteigentum in Alleineigentum möglichst erleichtern (19). Obwohl diese Absicht dem "überlebenden Miteigentümer", dem späteren Alleineigentümer oder Miteigentümer zu einer grösseren Quote, zugute kommt, ist sie nicht einseitig als Bevorzugung der privaten Interessen des einzelnen zu verstehen, sondern vielmehr als Bestreben, unwirtschaftliche Miteigentumsverhältnisse aus der Welt zu schaffen (20). Andererseits hat der Gesetzgeber den Miteigentümern mit dem g VKR ein Instrument in die Hand gegeben, mit dem jeder einzelne die Gemeinschaft vor dem Eindringen missliebiger Dritter wirksam schützen kann.

---

14) Zum Ausschluss aus der Gesellschaft der Miteigentümer BGE 94 II 17.
15) HUBER, System und Geschichte III, S. 265f.; BGE 80 II 373.
16) HUBER, Erl. II, S. 43.
17) Prot Exp Komm ZGB III, S. 52.
18) Antrag FEHR, Prot Exp Komm ZGB III, a.a.O.
19) MEIER-HAYOZ, N. 11 zu Art. 682; Prot Exp Komm III, S. 52; HUBER, Erl. II, S. 43, 96; BGE 42 II 32f.
20) Vgl. oben, § 1, S. 26; WIEDERKEHR, S. 40.

"Da in einem guten Teil der Fälle die Miteigentümer durch verwandtschaftliche oder sonstige Beziehungen in einem näheren Verhältnis zueinander stehen werden, ist es begreiflich, dass das Gesetz ihnen das unfreiwillige Zusammengespanntsein mit einem vielleicht unerwünschten Fremden ersparen will" (21).

Diese doppelte Zwecksetzung entspricht genau der historischen der Zug- und Näherrechte: Schutz der Gemeinschaft und Schutz des Bodens vor Realteilung. Somit knüpfte der Gesetzgeber von 1912 mit dem g VKR der Miteigentümer harmonisch an geschichtliche Tradition an und verwendete das "gefährliche Instrument" (22) seiner Eignung entsprechend.

3. Subjekte und Objekt des Miteigentümervorverkaufsrechts

Art. 682 Abs. 1 ZGB statuiert ein g VKR der Miteigentümer "gegenüber einem jeden Nichtmiteigentümer, der einen Anteil erwirbt". Der Wortlaut erscheint klar, bedarf aber doch einer Erläuterung (23). Vorkaufsberechtigt ist jeder Miteigentümer und, als Konsequenz aus der Auffassung des g VKRs als Realobligation, auch sein Singularsukzessor, also der jeweilige Miteigentümer. MEIER-HAYOZ bezeichnet als vorkaufsberechtigt, "wer am gleichen Objekt wie der Vorkaufsverpflichtete Miteigentum hat" (24). Diese Formulierung schliesst unmissverständlich aus, dass ein beispielsweise am Nachbargrundstück oder an der Grenzvorrichtung beteiligter Miteigentümer auf die Idee kommen könnte, einen Vorkaufsanspruch anzumelden.

Der Gesetzestext bedarf aber noch weiterer Auslegung: Verkaufsberechtigt ist nach unbestrittener Meinung jeder einzelne Miteigentümer, nicht etwa alle gemeinsam (25). Diese Präzisierung ist nicht unnötig; denn das bereits erwähnte g VKR der Miterben im deutschen BGB (§ 2034) muss gemeinsam ausgeübt werden (26).

Vorkaufsverpflichtet ist nach Gesetz der Eigentümer eines Miteigentumsanteils oder, wieder genauer, der jeweilige Eigentümer eines Miteigentumsanteils, sobald er seinen Anteil einem Dritten, und zwar einem Nichtmiteigentümer, veräussert. Keinen Vorkaufsfall bildet somit der Verkauf an einen andern Miteigentümer am gleichen Objekt (27).

Objekt des Miteigentümervorkaufsrechts sind selbständige Miteigentumsanteile an Grundstücken im Sinne von Art. 655 ZGB (28). Die Selbständigkeit

---

21) BGE 80 II 374.
22) LIVER, ZSR 68 (1949) 73; oben, § 6, S. 68.
23) Vgl. auch BGE 80 II 372f.
24) MEIER-HAYOZ, N. 52 zu Art. 682 ZGB.
25) MEIER-HAYOZ, N. 56 zu Art. 682 ZGB.
26) RGZ 158/57; WIEDERKEHR, S. 111; oben, § 7, S. 71.
27) MEIER-HAYOZ, N. 64 zu Art. 682; vgl. unten, § 18, S. 155.
28) MEIER-HAYOZ, N. 39 zu Art. 682 ZGB.

eines jeden Miteigentumsanteils ist im Normalfall gegeben. Sie kann aber fehlen, wenn das Miteigentum an einem Grundstück mit dem Miteigentum an einem andern Grundstück subjektivdinglich verknüpft ist, so z.B. wenn eine Strasse im Miteigentum der angrenzenden Grundeigentümer steht, wenn eine Fernheizungsanlage den daran beteiligten Grundeigentümern zu Miteigentum gehört (29) oder wenn Stockwerkeigentümer Miteigentum an einer allen zur Verfügung stehenden Autoeinstellhalle, einer Sauna oder einem Schwimmbad haben.

Kein Objekt des g Miteigentümervorkaufsrechts ist Fahrnis. Obwohl mit den gleichen Argumenten wie bei Grundstücken auch für ein g VKR der Miteigentümer an beweglichen Sachen eingetreten werden könnte, musste mangels einer dem Grundbuch entsprechenden Einrichtung aus Gründen der Rechtssicherheit, im besonderen zum Schutze des Dritterwerbers, von einer Ausdehnung des VKRs nach Art. 682 Abs. 1 ZGB auf Fahrnis abgesehen werden (30). Selbstverständlich bleibt es den Parteien unbenommen, das Fehlende durch ein rechtsgeschäftliches VKR nachzuholen, dem allerdings keine Drittwirkung beigelegt werden kann.

4. Die Regelung des VKRs in der Gemeinschaft der Stockwereigentümer

Ausgeschlossen vom g VKR der Miteigentümer sind die Stockwerkeigentümer. Bei Veräusserung einer Stockwerkeinheit steht den Inhabern der übrigen Anteile k e i n g VKR gegenüber Dritterwerbern zu (31).

4.1 Motive der bundesrechtlichen Regelung

Das Stockwerkeigentum beruht auf dem Institut des Miteigentums, ist als besondere Form des Miteigentums ausgestaltet und ins ZGB aufgenommen worden (32):

---

29) MEIER-HAYOZ, N. 41 zu Art. 682; LEEMANN, Die rechtliche Sicherung des Bestandes und Betriebes von Fernheizwerken, SJZ 30 (1929) 290.

30) MEIER-HAYOZ, N. 40 zu Art. 682 ZGB.

31) MEIER-HAYOZ, N. 2 und 43 zu Art. 682 ZGB; FRIEDRICH, Reglement, N. 1 zu § 48.

32) Art. 712a bis 712t ZGB, eingeführt durch das BG über die Aenderung des vierten Teils des ZGB (Miteigentum und Stockwerkeigentum) vom 19.12.1963, in Kraft seit dem 1.1.1965; Botschaft des Bundesrates vom 7.12.1962 im BBl 1962 II 1485ff. - Zum Institut des StWEs vgl. LIVER, StWE - Umwandlung und Neugründung, ZBGR 35 (1954) 3ff.; derselbe, Das Miteigentum als Grundlage des StWEs, Privatrechtliche Abhandlungen, S. 239ff.; FRIEDRICH, StWE und Grundbuch, ZBGR 45 (1964) 321ff. und Praktische Fragen im Zusammenhang mit der Begründung des StWEs, ZBGR 47 (1959) 336ff.; EGGEN Gerhard, Das StWE nach dem BG vom 19.12.1963, Bern. Notar 25 (1964) 237ff.; SOMMERHALDER Otto, StWE, Aarau 1963; PETER-RUETSCHI Tina, Das schweizerische StWE, Zürich 1964; dieselbe, Erfahrungen mit dem Reglement der Stockwerkeigentümergemeinschaft und Anregungen, Zürich 1970; STUDER Peter, Zur Wil-

Mit jedem Miteigentumsanteil am Grundstück ist untrennbar das Sonderrecht verknüpft, bestimmte Teile des Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen (33). Trotz dieser Konzeption sucht man vergeblich nach einem g VKR der Stockwerkeigentümer analog dem der Miteigentümer. Art. 712c Abs. 1 ZGB verneint ausdrücklich das Vorliegen eines gesetzlichen Erwerbsrechts der Stockwerkeigentümer gegenüber Dritten, die eine Einheit erwerben, hält hingegen fest, dass ein VKR im Begründungsakt oder durch nachherige Vereinbarung errichtet und im Grundbuch vorgemerkt werden kann. Diese Aenderung gegenüber der Miteigentumsordnung mag vorerst erstaunen, findet ihre Begründung jedoch in der rechtspolitischen Zielsetzung der Regelung des Stockwerkeigentums.

Bei der Einführung des Stockwerkeigentums auf eidgenössischer Ebene (34) stand die Absicht im Vordergrund, einer möglichst grossen Zahl von Familien den Erwerb einer eigenen Wohnung zu ermöglichen (35). Die ständig zunehmende Verknappung des Baulandes - in Stadtzentren kann ja zum Teil überhaupt nur noch im Baurecht gebaut werden - führt zur unablässigen Verteuerung des Bodens, was sich entsprechend auf die Baukosten auswirkt (zur Zeit ist mit einer jährlichen Teuerung von ungefähr 15% zu rechnen). Die sich aufdrängende intensivere Nutzung des Bodens ist nur durch Vermehrung der Geschosszahl möglich. Da die Finanzierung solcher Bauten grösstenteils Gesellschaften und juristischen Personen vorbehalten bleibt, wird der Privatmann als Einzelperson mehr und mehr vom Liegenschaftsmarkt verdrängt, während gleichzeitig die Mietzinse für Wohnungen im Stadtgebiet unablässig ansteigen; für den Bürger mit durchschnittlichem Einkommen sind sie oft kaum mehr erschwinglich. Vielerorts sind die Mieten höher als die Kapitalzinse, die zur Beschaffung von Fremdkapital zwecks Finanzierung eines mittelständischen Einfamilienhauses aufgebracht werden müssen. Dieser ungesunden Entwicklung Einhalt zu gebieten und einer möglichst breiten Schicht der Bevölkerung den Erwerb von Grundeigentum zu ermöglichen, dürfte als eines der vornehmsten Ziele der Stockwerkeigentumsordnung angesehen werden (36).

---

lensbildung in der Gemeinschaft der Mit- und Stockwerkeigentümer, Diss. Zürich 1964; FREI Hansjörg, Zum Aussenverhältnis der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Diss. Zürich 1970.

33) Art. 712a Abs. 1 ZGB.

34) Das altrechtliche Stockwerkeigentum erschien vor der Revision von 1963 nur im Uebergangsrecht des ZGB. Es blieb, soweit das kantonale Recht nicht seine Umwandlung vorsah, gemäss den Grundsätzen des intertemporalen Rechts anerkannt und dem bisherigen kantonalen Recht unterworfen (SchlT Art. 1 und 17 ZGB; LIVER, ZBGR 35 (1954) 7). Zur Behandlung des altrechtlichen StWEs nach kantonalem Recht vgl. CARONI, Rep. 1972, S. 9-12; MUTZNER, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. V, Schlusstitel, 1. Abschnitt (Art. 1-50), 2. Aufl., Bern 1926, Noten zu den Art. 17 und 45 SchlT ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 44f. zu Art. 682 ZGB.

35) Botschaft, BBl 1962 II 1471.

36) Die Aufteilung eines Gebäudes in Stockwerke kommt auch den Erbengemeinschaften zustatten, indem bei der Teilung nicht mehr wie bis anhin nur ein

Ob jedoch dieses Ziel erreicht wird, erscheint heute als fraglich. Wohl ist das In-die-Höhe-bauen die einzige Möglichkeit, das Angebot an Boden zu vergrössern, doch beginnt sich leider im Zeitpunkt der unaufhaltsamen Inflation und Währungsunsicherheit erneut eine unliebsame Entwicklung abzuzeichnen, indem die einzelnen Stockwerke vielenorts bereits zu Preisen veräussert und gehandelt werden, zu denen man vor wenigen Jahren noch ein mittleres Einfamilienhaus erwerben konnte. Eigentumswohnungen werden als Kapitalanlagen gekauft und weitervermietet, womit sich der Kreis schliesst und das Ziel, einer breiteren Schicht der Bevölkerung zum Eigentum an Grund und Boden zu verhelfen, wieder in die Ferne rückt.

Auf ein g VKR der Stockwerkeigentümer hat der Gesetzgeber nun verzichtet, um die Veräusserung von Stockwerken nicht übermässig zu erschweren. Die Herabsetzung der Verkehrsfähigkeit der Stockwerkeinheiten wäre insbesondere unerwünscht, wenn, was häufig der Fall ist, eine grössere Zahl voneinander unabhängiger Personen durch das Stockwerkeigentumsverhältnis miteinander verbunden ist (37). Zudem führte der gemeinschaftliche Erwerb einer Stockwerkeinheit durch alle oder mehrere Berechtigte zu komplizierten und unübersichtlichen Eigentumsverhältnissen (38). Ein g VKR bildete deshalb mit Sicherheit eine Barriere gegen die Verbreitung des Rechtsinstituts, dessen bundesrechtliche Regelung noch kein Jahrzehnt zurückliegt und dessen Entwicklung im Rahmen des Bodenrechts aus sozialpolitischen Gründen zu fördern ist.

Ob dem Bestreben, der Verbreitung des Stockwerkseigentums nicht durch unnötige Veräusserungsbeschränkungen entgegenzuwirken, darf aber nicht der gegenteilige Gesichtspunkt vergessen werden. Die in gutem Einvernehmen zusammenlebende Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer hat u. U. ein eminentes Interesse daran, missliebigen Dritten den Erwerb einer Stockwerkeinheit oder des Nutzungsrechtes an ihr verwehren zu können (39). Um auch solche Gegebenheiten zu erfassen, haben die Stockwerkeigentümer neben dem Einspracherecht von Art. 712c Abs. 2 ZGB die Möglichkeit, vertraglich ein VKR festzulegen (Art. 712c Abs. 1 ZGB).

Erbe Grundeigentum erhält und die anderen ausbezahlt werden müssen. Wieweit indessen Familiensinn und staatsbürgerliches Bewusstsein durch das StWE gestärkt werden, wie sich der Bundesrat erhofft hat, kann dahingestellt bleiben (BBl 1962 II 1473).

37) BBl 1962 II 1514.

38) LIVER, Privatrechtliche Abhandlungen, S. 279.

39) BBl 1962 II 1514.

4.2 Die Ausgestaltung des durch die Stockwerkeigentümer vereinbarten VKRs

4.2.1 Die Form der Bestellung

Das VKR kann entweder im Begründungsakt des StWEs (40) oder durch spätere Vereinbarung errichtet werden; im letzteren Fall genügt die einfache Schriftform (41). Soll es Dritten gegenüber verbindlich sein, ist es im Grundbuch vorzumerken (Art. 712c Abs. 1 ZGB).

Die spätere Abänderung oder Aufhebung ist durch Vereinbarung oder einstimmigen Beschluss der Stockwerkeigentümer möglich. Auch wenn das VKR im Reglement statuiert ist, reicht das für die Aenderung des Reglementes genügende Stimmenmehr zur Abänderung oder Aufhebung des VKRs nicht aus (42). Die Beachtung der Form des Begründungsaktes hingegen ist nicht nötig (43).

4.2.2 Subjekte und Objekt des VKRs der Stockwerkeigentümer

Gegenseitig vorkaufsberechtigt bzw. -verpflichtet werden nach gesetzlicher Ordnung sämtliche Stockwerkeigentümer (44). Drittwirkung kommt dem VKR nur zu, wenn es im Grundbuch vorgemerkt ist. Die Festlegung im Reglement allein könnte den Drittkäufer für den Erwerbsfall noch nicht belasten. Er müsste also seinen Anteil keineswegs gleich wieder herausgeben, sondern ginge mit dem Kauf und der gleichzeitigen Anerkennung des Reglements nur die obligatorische Verpflichtung ein, bei einem zukünftigen Vorkaufsfall, wenn er also wieder einmal verkaufen wollte, das VKR der andern Stockwerkeigentümer anzuerkennen (45).

Durch Vereinbarung kann der Kreis der Vorkaufsberechtigten eingeschränkt werden. So wäre beispielsweise die Einräumung eines VKRs nur zugunsten derjenigen Stockwerkeigentümer denkbar, die ihre Wohnungen auf dem gleichen Boden haben oder die dem zu verkaufenden StW benachbart sind (46).

Die Frage, ob auch ein VKR zugunsten der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer selbst bestellt werden kann, verneint FRIEDRICH mit dem Hinweis auf die der Stockwerkeigentümergemeinschaft fehlende Rechtspersönlichkeit (47). Hingegen erachtet er die reglementarische Bestimmung, wonach das

---

40) Art. 712d ZGB legt die beiden Möglichkeiten des Begründungsaktes fest; zum Inhalt vgl. FRIEDRICH, ZBGR 47 (1966) 323.
41) GBV 71a Abs. 1; MEIER-HAYOZ, N. 2 zu Art. 682 ZGB.
42) FRIEDRICH, Reglement, N. 3 zu § 48.
43) FRIEDRICH, a.a.O.; a.M. HINDERMANN Walter, Leitfaden zum Stockwerkeigentum, Zürich 1964, S. 85.
44) FRIEDRICH, Reglement, N. 9 zu § 48.
45) Analogie zum statuarischen VKRs im Aktienrecht; vgl. unten, § 13, S. 107.
46) FRIEDRICH, a.a.O., N. 10 zu § 48.
47) Derselbe, N. 11 zu § 48.

VKR nur von allen Stockwerkeigentümern gemeinsam ausgeübt werden kann, als zulässig (48).

Objekt des VKRs ist ausschliesslich der als StWE-Einheit ausgestaltete Miteigentumsanteil an einem Grundstück (Art. 712a Abs. 1 und 655 Ziff. 4 ZGB).

4.2.3 Die Stellung zwischen vertraglichem und g VKR

Als Besonderheit ist hervorzuheben, dass das VKR der Stockwerkeigentümer zwischen vertraglichem und g VKR steht: Begründet wird es durch Rechtsgeschäft, seinem Inhalt und seinen Voraussetzungen nach entspricht es jedoch einem g VKR (49). Daraus folgt, dass

- es nicht wie ein rechtsgeschäftliches VKR nur auf zehn Jahre, sondern auf die ganze Dauer des Bestandes der Stockwerkeigentümergemeinschaft vorgemerkt werden kann und dass
- es in Bezug auf die Umschreibung des Vorkaufsfalles grundsätzlich wie ein g VKR zu behandeln ist (50).

Die Möglichkeit der Einschränkung von Art und Anzahl der Vorkaufsfälle bejaht FRIEDRICH (51), nicht aber die Ausdehnung der Vorkaufsfälle. Er ist der Ansicht, dass die Abrede, wonach auch die Bestellung einer Nutzniessung oder die Handänderung infolge Erbgangs einen Vorkaufsfall darstellten, das VKR in seiner Auswirkung einem bedingten Kaufsrecht so stark annäherten, dass die das Kaufsrecht betreffenden Vorschriften von Art. 683 ZGB und 216 Abs. 1 OR zur Anwendung gelangen müssten: Die Begründung wäre öffentlich zu beurkunden, die Vormerkung auf zehn Jahre beschränkt (52). Wir teilen diese Meinung nur in Bezug auf die Handänderung durch Erbgang, nicht in Bezug auf die Errichtung einer Nutzniessung. Zwar zählt die Einräumung einer Nutzniessung nicht zu den typischen Vorkaufsfällen, da das Rechtsgeschäft nicht auf Eigentumsübertragung gerichtet ist (53), doch setzt der Verpflichtete - anders als bei der Handänderung durch Erbgang - die Potestativbedingung. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum er sich nicht bereit erklären können sollte, die Errichtung einer Nutzniessung als Vorkaufsfall gelten zu lassen, umso mehr als für diesen Tatbestand gemäss Art. 712c Abs. 2 ZGB auch die Einsprachemöglichkeit vereinbart werden kann.

---

48) Zur Voraussetzung und Auswirkung der gemeinsamen Ausübung vgl. FRIEDRICH, a.a.O., N. 12ff. zu § 48; zur Konkurrenz mehrerer Stockwerkeigentümer, die ihr VKR unabhängig voneinander ausüben, siehe unten, § 21, S. 207.

49) FRIEDRICH, ZBGR 45 (1964) 342; MEIER-HAYOZ, N. 2 zu Art. 682 ZGB.

50) FRIEDRICH, Reglement, N. 4 zu § 48.

51) FRIEDRICH, a.a.O., N. 6 zu § 48; als Beispiel nennt er die Aufhebung des VKRs, wenn der Dritterwerber mit dem bisherigen Stockwerkeigentümer in gerader Linie verwandt oder verschwägert ist.

52) FRIEDRICH, a.a.O., N. 7 zu § 48; vgl. auch MEIER-HAYOZ, N. 170 zu Art. 681 ZGB.

53) MEIER-HAYOZ, N. 173 zu Art. 681 ZGB; unten, § 18, S. 150 und 159.

§ 12 DAS G VKR IM BAURECHTSVERHAELTNIS

1. Einführung und Zweck von Art. 682 Abs. 2 ZGB

Bis zu Beginn der Sechzigerjahre nahm das VKR unter Miteigentümern als einziges g VKR im ZGB eine Sonderstellung ein. Durch die Stockwerkeigentumsnovelle (1) wurde Art. 682 erweitert und in Absatz 2 ein neues, doppelseitiges VKR eingeführt: ein Erwerbsrecht des Grundeigentümers an dem sein Grundstück belastenden selbständigen und dauernden Baurecht und ein Erwerbsrecht des Bauberechtigten am Grundstück, soweit dieses durch die Ausübung des Baurechts in Anspruch genommen wird (2). Mit dieser Bestimmung, die gar nicht in den Bereich der Revision des Miteigentumsrechts gehörte, wurde vorweg ein Programmpunkt der Neuordnung des Baurechts geregelt, die sich zu dieser Zeit noch im Stadium der Gesetzgebung befand (3).

Das g VKR des Grundeigentümers fand im Vernehmlassungsverfahren als wesentliche Vereinfachung gegenüber dem früheren Rechtszustand allgemein Zustimmung (4). Vorgeschlagen wurde es von der Spezialkommission der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung zwecks Verhinderung der Uebertragung eines Baurechts auf einen Erwerber, der keine Gewähr für die reibungslose Erfüllung der Verpflichtung aus dem Baurechtsverhältnis böte oder dem die Voraussetzungen zur Erfüllung des Baurechtsvertrages fehlten (5). Zudem konnte bisher das rechtsgeschäftliche VKR nur auf zehn Jahre vorgemerkt werden, was sich bei dem normalerweise länger dauernden Baurecht als völlig unzulänglich erwiesen hatte. Die komplizierte Konstruktion der Verpflichtung des Baurechtsinhabers, bei einer Veräusserung des Baurechts die Vorkaufsabrede seinem Rechtsnachfolger zu übertragen und die Sicherung dieser Verpflichtung durch Konventionalstrafe hatten nicht zur Klärung der Rechtslage beigetragen (6). Somit war die Aufnahme eines g VKRs zugunsten des Grundeigentümers sehr zu begrüssen.

Gegen das entsprechende Recht des Baurechtsinhabers bei Veräusserung des Grundstücks jedoch wurden mehrere Stimmen laut. Der Grundeigentümer sei als Besitzer einer Mangelware, nämlich des Bodens, anders zu behandeln als der Baurechtsinhaber, der "lediglich ein Gebäude, also eine beliebig herstellbare Ware" besitze (7). Auch mit anderer Begründung wurde dem Entwurf Widerstand entgegengesetzt: Oeffentlichrechtlichen Körperschaften, namentlich Gemeinden, die ihr Land im

---

1) BG vom 19. Dez. 1963 über die Aenderung des vierten Teils des ZGB (Miteigentum und Stockwerkeigentum).
2) MEIER-HAYOZ, N. 3 zu Art. 682 ZGB.
3) FRIEDRICH, ZBGR 45 (1964) 343.
4) Botschaft, BBl 1963 I 991.
5) EGGEN, SJZ 58 (1962) 243f.; LIVER, Bericht zur Revision der Bestimmungen des ZGB über das Baurecht, S. 12, 48.
6) MEIER-HAYOZ, N. 4 zu Art. 682; HEER, ZBGR 40 (1959) 352.
7) HEER, ZBGR 40 (1959) 353.

Baurecht zur Verfügung stellten, müsse die Freiheit erhalten bleiben, selbst die Person eines späteren Erwerbers auszuwählen (8). Das Parlament ist aber mit den Experten zur Auffassung gelangt, dass Körperschaften dann, wenn sie Boden verkaufen, ihr öffentliches Interesse preisgeben und dass bei einer Handänderung die öffentlichrechtlichen Körperschaften nicht anders zu behandeln seien als die natürlichen Personen, insbesondere da Art. 682 Abs. 3 die Möglichkeit vorsieht, bei Begründung des Baurechts das VKR rechtsgeschäftlich wegzubedingen (9). Wird von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht, führt die Ausübung des g VKRs durch Grundeigentümer oder Baurechtsinhaber zur Vereinigung des Eigentums an der Liegenschaft und des Baurechts an ihr in einer Hand, wobei das Baurecht entweder als Eigentümerdienstbarkeit bestehen bleibt, wieder veräussert oder durch Löschung im Grundbuch aufgehoben wird (10).

Betrachten wir die Zielsetzung der Vereinigung von Grundstück und Baurecht in einer Hand unter dem geschichtlichen Blickwinkel: Einerseits fördert das g VKR das unbelastete Alleineigentum an Grundstücken und dient dazu, überaus komplizierte Rechtsverhältnisse, die vor allem durch Errichtung von Unterbaurechten entstehen können, in gewissen Grenzen zu halten. Es kann in diesem Sinne auch ein wertvolles Mittel sein, um unerfreulichen Verhältnissen zwischen Grundeigentümer und Bauberechtigtem ein Ende zu setzen oder ihrem befürchteten Eintreten vorzubeugen (11). Andererseits schützt es aber auch die Gemeinschaft zwischen Grundeigentümer und einem oder mehreren Baurechtsinhabern, die, falls sich die Parteien vertragen, ähnlich schützenswert ist wie die Gemeinschaft der Miteigentümer. Es darf also gesagt werden, dass sich das g VKR durchaus als das geeignete Institut angeboten hat, um den geschichtlich gewachsenen doppelten Zweck des Schutzes der kleinen Gemeinschaft und des Schutzes des Bodens vor Zersplitterung auch im Baurechtsverhältnis zu verwirklichen.

2. Subjekte und Objekte des VKRs

2.1 Gesetzliche Regelung

Aus der systematischen Einreihung von Art. 682 Abs. 2 ZGB ist zu schliessen, dass das baurechtliche VKR analog dem Miteigentümervorkaufsrecht zu behandeln ist (12). Gegenseitig berechtigt bzw. verpflichtet sind dem Gesetzestext und der realobligatorischen Natur des g VKRs entsprechend der Eigentümer des Grundstücks und sein Singularsukzessor, also der jeweilige Eigentümer des Grundstücks einerseits und der Inhaber des Baurechts und sein Singularsukzessor,

---

8) BBl 1963 I 992; EGGEN, ZBGR 46 (1965) 278.
9) MEIER-HAYOZ, N. 5 zu Art. 682; EGGEN, SJZ 58 (1962) 246.
10) LIVER, Bericht zur Revision, S. 48.
11) LIVER, a.a.O.
12) FREIMUELLER, S. 94.

also der jeweilige Bauberechtigte andererseits (13).

Vorkaufsobjekt für den Grundeigentümer ist das selbständige und für die Dauer begründete Baurecht (14). Selbständig ist das Baurecht, das frei übertragen werden kann, d.h. weder zugunsten eines herrschenden Grundstücks als Grunddienstbarkeit noch zugunsten einer bestimmten Person oder Personengruppe als irreguläre Dienstbarkeit ohne Uebertragungsvereinbarung nach Art. 781 ZGB errichtet ist (15). Als dauernd wird das Baurecht bezeichnet, wenn es für mindestens dreissig Jahre errichtet worden ist. Die Aufnahme ins Grundbuch ist dem freien Entscheid der Parteien überlassen (16). Sie erfolgt nur auf schriftliches Gesuch hin (17).

Als Vorkaufsobjekt für den Baurechtsinhaber bestimmt das Gesetz das belastete Grundstück, soweit dieses durch die Ausübung des Baurechts in Anspruch genommen wird. Grund der flächenmässigen Begrenzung ist die Tatsache, dass des öftern grosse, vorwiegend landwirtschaftliche Liegenschaften mit einem Baurecht belastet werden, das nur ein kleines Stück Boden in Anspruch nimmt, da der Bauberechtigte nur ein kleines Gebäude, beispielsweise ein Ferienhaus, erstellt. In solchen Fällen wäre es nicht gerechtfertigt, dem Eigentümer des Häuschens von Gesetzes wegen ein VKR an der ganzen grossen Liegenschaft einzuräumen (18).

2.2 Problemstellung beim Bestande von Unterbaurechten

Unbeantwortet lässt das Gesetz die Frage nach Berechtigtem, Verpflichtetem und Objekt des VKRs beim Bestande von Unterbaurechten, wie es sich ja zur Zulässigkeit von Unterbaurechten überhaupt nicht äussert. In diesem Zusammenhang stellen sich Probleme, deren Behandlung ein weiteres Ausholen in das Gebiet des Baurechts (19) nahe legt.

---

13) MEIER-HAYOZ, N. 57 zu Art. 682 ZGB.
14) Zum Begriff des Baurechts siehe unten, S. 19.
15) MEIER-HAYOZ, N. 20 zu Art. 655 und 49 zu Art. 682 ZGB; GBV Art. 7 II 1.
16) MEIER-HAYOZ, N. 22ff. zu Art. 655 und 50 zu Art. 682 ZGB; GBV 7 II 2. Die Aufnahme ins Grundbuch ist nur für Liegenschaften und Stockwerkeinheiten obligatorisch (GBV 1 und 10 a II).
17) GBV 7 I.
18) EGGEN, SJZ 58 (1962) 246 und ZBGR 46 (1965) 279; Amtl Bull StR 1963, S. 215.
19) Mit dem Begriff "Baurecht" ist nur das subjektive Recht gemeint, an einer Baute auf fremdem Boden unter Durchbrechung des Akzessionsprinzips Sondereigentum zu haben, nicht aber das Baurecht im objektiven Sinn, d.h. der Inbegriff der Rechtsnormen, welche das Erstellen von Bauten regeln. Diese Bauvorschriften gehören grösstenteils ins öffentliche Recht.

2.2.1 Zum Begriff des Baurechts

Das ZGB von 1912 widmete dem Baurecht nur zwei Bestimmungen, die Art. 675 und 779. Die wachsende wirtschaftliche Bedeutung des Instituts (20) erforderte aber bald eine eingehendere Regelung; ein halbes Jahrhundert später wurden dem ZGB mit dem BG vom 19. März 1965 über die Aenderung der Vorschriften des ZGB und des OR betreffend das Baurecht und den Grundstückverkehr, welches am 1. Juli 1965 in Kraft trat, die Art. 779 a bis 7791 eingefügt (21). Zur Klärung des Begriffes Baurecht im engen Rahmen der vorliegenden Arbeit genügt jedoch eine kurze Erläuterung des Art. 779 ZGB, da die Baurechtsnovelle die dingliche Struktur des Baurechts unberührt gelassen hat.

Art. 779 ZGB definiert das Baurecht als Dienstbarkeit, durch welche jemand das Recht erhält, auf oder unter der Bodenfläche eines Grundstücks ein Bauwerk im Sondereigentum zu erstellen oder beizubehalten. Wortlaut und Stellung im System unter dem Marginale "Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten" (22) ordnen das Baurecht somit den beschränkten dinglichen Rechten zu, welche dem Inhaber eine unmittelbare Sachherrschaft verleihen, deren Umfang beschränkt ist (23). Als Dienstbarkeit tritt das Baurecht als Grunddienstbarkeit, als sog. "andere Dienstbarkeit" nach Art. 781 ZGB oder als irreguläre Dienstbarkeit, die mit der Person des Berechtigten nicht unlösbar verbunden ist, in Erscheinung (24). In dieser dritten Form als selbständiges und dauerndes Recht ist das Baurecht mangels abweichender Vereinbarung frei übertragbar und vererblich (25) und kann auf schriftliches Begehren hin ins Grundbuch aufgenommen werden (26). Durch die Aufnahme wird es gemäss Art. 655 ZGB im Rechtsverkehr wie ein Grundstück behandelt (27). Das Baurecht ist und bleibt aber in jedem Fall ein Dienstbarkeitsrecht. Eigentum, totale unmittelbare Sachherrschaft, kann der Berechtigte nur an der Baute haben, und dieses Eigentum entsteht durch Akzession, aber durch Akzession zum Baurecht und nicht durch Akzession zur Liegenschaft (28).

---

20) Zur wirtschaftlichen Bedeutung des Baurechts vgl. STOECKLIN, ASR N.F. 321. Ferner LIVER in ZBJV 94 (1958) 377ff. mit Literaturhinweisen; WITT, Das Baurecht, S. 156.

21) BBl 1963 I 969; Anmerkung 1 zu Art. 779 ZGB in der Textausgabe von W. SCHOENENBERGER, 29. Aufl., Zürich 1969.

22) Vgl. dazu FREIMUELLER, S. 38ff.

23) LIVER, N. 4 zur Einleitung.

24) LIVER, N. 60 zur Einleitung.

25) Art. 779 Abs. 2 ZGB.

26) Zwischen selbständigen und dauernden Baurechten, die im Grundbuch aufgenommen und solchen, die nicht aufgenommen sind, besteht inhaltlich kein Unterschied; LIVER, ZBJV 94 (1958) 385.

27) Ungenau ist der Gesetzestext von Art. 655 Ziff. 2 ZGB, der die selbständigen und dauernden Rechte schlechthin als Grundstücke bezeichnet; besser ist die Formulierung in Art. 943 ZGB. Vgl. LIVER, ZBJV 94 (1958) 380.

28) LIVER, a.a.O.; anders STOECKLIN, S. 21.

2.2.2 Zum Begriff des Unterbaurechts

Dass beschränkte dingliche Rechte nicht nur an Sachen im Sinne des schweizerischen Sachenrechts (29), sondern auch an dinglichen und sogar obligatorischen Rechten bestehen können, wird heute in der schweizerischen Doktrin mehrheitlich anerkannt (30). Dass es im speziellen möglich ist, ein gemäss Art. 655 Ziff. 2 ZGB ins Grundbuch aufgenommenes Baurecht mit einem Baurecht, dem sog. Unterbaurecht, zu belasten, das seinerseits wieder selbständig und dauernd und damit der Aufnahme ins Grundbuch fähig sein kann, wird hierzulande nicht mehr bestritten (31). Zu Recht hat das Bundesgericht eines der hauptsächlichsten Argumente, das gegen das Unterbaurecht ins Feld geführt wurde, verworfen, nämlich die Unübersichtlichkeit der juristischen Konstruktion: "Der Umstand, dass mitunter durch Errichtung von Unterbaurechten unübersichtliche Rechtsverhältnisse entstehen, hindert grundsätzlich die Zulassung derartiger Dienstbarkeiten nicht" (32). Sowenig ein organisatorisches Problem die Erfüllung einer durch den Rechtsstaat gebotenen Aufgabe verhindern sollte, sowenig sollte eine juristisch-technische Schwierigkeit das Ausschöpfen der rechtlichen Möglichkeiten zugunsten der praktischen Erfordernisse des Alltags hemmen. Lehre und Gerichtspraxis steht hier der Weg zur Weiterbildung des Rechts offen, und dass das Institut des Unterbaurechts heute mehr und mehr an Bedeutung gewinnt, steht ausser Frage. Als Beispiel diene der Fall der Baugenossenschaft, die als Inhaberin eines Baurechts an einer grossen Bodenfläche das Land in kleinere Bauplätze aufteilt und die einzelnen Parzellen mittels

---

29) Abgegrenzte, unpersönliche, körperliche Gegenstände der Güterwelt, die rechtlich und tatsächlich beherrschbar sind und der menschlichen Bedürfnisbefriedigung dienen sowie ihnen im Rechtsverkehr nach Art. 713 ZGB gleichgestellte Energien; vgl. LIVER, N. 113 zu Art. 734 ZGB; HAAB, N. 21 zur Einleitung; MEIER-HAYOZ, System. Teil, N. 59.

30) Die Frage, ob ein Recht an einem Recht begründet werden könne (Nutzniessung, Pfandrecht), war lange sehr umstritten (vgl. die umfassende Darlegung des Problems bei HAAB, N. 40ff. zur Einleitung). Das ZGB stellt Rechte und Forderungen als Gegenstände von beschränkten dinglichen Rechten den Sachen gleich (Art. 745, 773ff., 899ff.), doch spricht man nur von einer Herrschaft an ihnen, die der dinglichen Herrschaft entspricht, ohne mit ihr identisch zu sein (dazu LIVER, N. 21ff. zur Einleitung mit Literaturhinweisen).

31) HAAB, N. 6 zu Art. 655 und 7 zu Art. 675 ZGB; LEEMANN, N. 23 zu Art. 655; MEIER-HAYOZ, N. 16 und 38 zu Art. 655 ZGB; STOECKLIN, S. 40ff.; LIVER, ZBJV 94 (1958) 387; WITT, S. 155; RUEDIN, S. 175; BGE 92 I 539. - A.M. noch CHRISTEN E., Das Baurecht nach dem schweizerischen ZGB, Diss. Leipzig 1909, S. 109; BRANDENBURGER Otto, Das Baurecht der Art. 675 und 779 des schweizerischen ZGB, Diss. Zürich 1910, S. 97; HOMBERGER, N. 9 zu Art. 943 ZGB.
Während in Deutschland die Meinungen noch geteilt sind, ist das Unterbaurecht in England seit langem bekannt; vgl. dazu RUEDIN, S. 171 und 173.

32) BGE 92 I 545; RUEDIN, S. 172.

Unterbaurechten den Genossenschaftern zur Errichtung von Wohnhäusern zur Verfügung stellt. Das Baurecht der Genossenschaft wird dadurch mit mehreren, je auf eine Teilfläche beschränkten Unterbaurechten gleichen Grades belastet (33). Im staatlichen und kommunalen Bauplanungsprogramm kommt solchen und ähnlichen Möglichkeiten insofern wachsende Bedeutung zu, als das Gemeinwesen weder das Eigentum am Boden aus der Hand geben noch selbst detaillierte Ueberbauungspläne bereit halten muss. Auch bleibt es als Grundeigentümer bzw. Inhaber des Oberbaurechts in der Lage, über die vertragsgemässe Ausübung der eingeräumten Rechte zu wachen und nötigenfalls das Heimfallsrecht geltend zu machen (34). Der Verwirklichung des staatspolitischen Subsidiaritätsprinzips (35), wonach der Staat nur die Aufgaben zu lösen hat, welche die Kräfte kleinerer Verbände und des Einzelnen übersteigen, wird im Bereich des Bodenrechts eine rechtliche Grundlage geschaffen; private Gesellschaften können dem Staate bei der Förderung des Wohnungsbaus zur Seite stehen, indem sie als Baurechtsinhaber, eventuell unter teilweiser öffentlicher Aufsicht, die Art der Ueberbauung grösserer Gebiete kontrollieren.

2.2.3 Subjekte des VKRs

Da sich das ZGB mit dem Unterbaurecht nicht befasst, ist dem Gesetz explizit keine Regelung zu entnehmen. Art. 682 Abs. 2 bezeichnet als gegenseitig vorkaufsberechtigt bzw. -verpflichtet den Eigentümer des Grundstücks und den Inhaber des Baurechts. Gehen wir von der Annahme aus, ein Grundstück sei mit einem im Grundbuch aufgenommenen Baurecht belastet, dieses seinerseits wieder mit einem nächsten aufgenommenen Baurecht u.s.w., so ist vorerst eine allgemein verständliche Terminologie festzulegen. In Anlehnung an RUEDIN (36), der das Unterbaurecht als Baurecht 2. Grades bezeichnet, benennen wir das Baurecht nach Art. 682 Abs. 2 ZGB, das Baurecht also, welches das Grundstück belastet, als Baurecht 1. Grades. Theoretisch lassen sich demnach - mathematisch ausgedrückt - bezüglich eines einzigen Grundstücks n vertikal aufeinanderfolgende selbständige und dauernde Baurechte errichten (37): Das erste belastet das Grundstück; das zweite belastet das Baurecht 1. Grades, das dritte das Baurecht 2. Grades u.s.f. Das n-te Baurecht belastet das Baurecht (n-1)ten Grades (38). Die Kette reisst ab, wenn entweder keine weitere Belastung mit einem der Aufnahme ins Grundbuch fähigen Baurecht mehr er-

---

33) HAAB, N. 7 zu Art. 675; BBl 1963 I 994; WITT, S. 154.

34) BGE 92 I 549 E. 5.

35) Anerkannt als allgemeiner Rechtsgrundsatz steht das Subsidiaritätsprinzip auf der Stufe des ungeschriebenen Verfassungsrechts; GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, Bern 1969, S. 133.

36) RUEDIN, S. 170; BGE 92 I 545.

37) n ist eine natürliche Zahl. Auf jeder Stufe können auch wieder mehrere Baurechte gleichen Grades horizontal nebeneinander bestehen; so räumt im oben angeführten Beispiel der Inhaber des Baurechts 1. Grades mehreren Bauwilligen je ein auf eine Teilfläche beschränktes Baurecht 2. Grades ein.

38) Das Baurecht tieferen Grades steht jeweils zum Baurecht höheren Grades im Verhältnis eines Oberbaurechts zu einem Unterbaurecht.

folgt oder wenn das n-te Baurecht nicht selbständig und dauernd ist, somit nur zulasten des Baurechts (n-1)ten Grades eingetragen, nicht aber ins Grundbuch aufgenommen werden kann, was jedoch nicht heisst, dass theoretisch nicht das Baurecht (n-1)ten Grades später noch mit einem selbständigen und dauernden Baurecht belastet werden könnte, das aber im Rang dem unselbständigen nachginge. In der Praxis werden rechtliche Konstruktionen dieser Art allerdings kaum anzutreffen sein.

Zur Bezeichnung der Subjekte des g VKRs beim Bestande einer vertikalen Kette von Baurechten gehen wir zwecks Erleichterung der Lektüre vom bereits erwähnten praktischen Beispiel aus (39): Ein Grundstück wird mit einem die ganze Bodenfläche umfassenden selbständigen und dauernden Baurecht 1. Grades (Oberbaurecht) belastet und dieses seinerseits mit mehreren Baurechten 2. Grades (Unterbaurechte), wodurch das Grundstück zwecks Errichtung mehrerer Einzelbauten in Parzellen aufgeteilt wird. Per analogiam darf aus Art. 682 Abs. 2 ZGB geschlossen werden, dass

a) bei Veräusserung des Grundstücks nur der Inhaber des Oberbaurechts verkaufsberechtigt ist, nicht auch der Unterbaurechtsinhaber (40);
b) bei Veräusserung des Oberbaurechts einerseits der Grundeigentümer vorkaufsberechtigt ist, andererseits aber auch jeder Unterbaurechtsinhaber 2. Grades, soweit sein Unterbaurecht das Oberbaurecht in Anspruch nimmt;
c) bei Veräusserung des Unterbaurechts nur der Inhaber des Oberbaurechts vorkaufsberechtigt ist, nicht auch der Grundeigentümer (41).

Rechtliche Probleme stellt nur Fall b): Ueben bei Veräusserung des Oberbaurechts sowohl Grundeigentümer als auch Unterbaurechtsinhaber ihr VKR aus, führt das unweigerlich zur Interessenkollision. Zwar kann vorausschauend vorgebeugt werden, indem die Parteien gemäss Art. 682 Abs. 3 ZGB das VKR des einen, aller Wahrscheinlichkeit nach das des Unterbauberechtigten, aufheben (42). Uns hat aber die Frage nach der gesetzlichen Lösung zu beschäftigen, wenn bei Veräusserung des Oberbaurechts die Ansprüche von Grundeigentümer und Unterbaurechtsinhaber kollidieren.

Bejaht man die einer extensiven Gesetzesauslegung entspringende Ansicht, die Veräusserung des Oberbaurechts stelle nicht nur für den Grundeigentümer, sondern auch für den Unterbaurechtsinhaber einen Vorkaufsfall dar, privilegiert man den Unterbauberechtigten gegenüber dem Grundeigentümer sehr stark. Zwischen ihm und dem Grundeigentümer hat bisher keine direkte Beziehung bestanden, obwohl die Baute des Unterbauberechtigten auf dem Boden des Grundeigentümers erstellt wurde.

---

39) Oben, S. 90f.
40) FREIMUELLER, S. 97.
41) RUEDIN, S. 177 Anm. 6; LIVER, ZBJV 104 (1968) 37. Obige Ueberlegungen lassen sich leicht auf Verhältnisse mit Baurechten höheren Grades übertragen. Bei Veräusserung eines Baurechts n-ten Grades ist einerseits der Inhaber des Baurechts (n-1)ten Grades vorkaufsberechtigt, andererseits der Inhaber des Baurechts (n+1)ten Grades, soweit dieses letzte Baurecht dasjenige n-ten Grades beansprucht.
42) LIVER, a.a.O.

Zwischen beiden steht der Inhaber des Oberbaurechts, der für die Belastung seines im Grundbuch aufgenommenen Baurechts der Einwilligung des Grundeigentümers nicht bedarf (43). "Die Beziehung zwischen dem Grundeigentümer und dem Baurechtsinhaber einerseits und diejenige zwischen diesem und dem Unterbaurechtsinhaber andererseits sind zwei verschiedene, voneinander gesonderte Rechtsverhältnisse" (44). Aus grundsätzlichen Erwägungen rechtfertigt sich eine ausdehnende Gesetzesauslegung zugunsten der Vorkaufsberechtigung auch das Unterbaurechtsinhabers aber doch, obwohl bei restriktiver Auslegung, die nur dem Grundeigentümer bzw. dem jeweiligen Oberbaurechtsinhaber das VKR zugestände, sämtliche Kollisionsprobleme gegenstandslos würden.

Auszugehen ist von der ratio legis des Art. 682 Abs. 2 ZGB. Der Gesetzgeber beabsichtigte, die Vereinigung von Grundstück und es belastendem Baurecht in einer Hand zu fördern, und zwar nicht nur in der des Grundeigentümers, sondern allenfalls auch in der des Baurechtsinhabers. Das Gesetz räumt so dem Bauberechtigten für den Fall, dass der Grundeigentümer während der Dauer des Baurechts den Boden veräussert, die Möglichkeit ein, an der in Anspruch genommenen Bodenfläche vor anderen Eigentum zu erwerben. Wollte man nun dem im Unterbaurecht Bauenden die Vorkaufsberechtigung absprechen, bestünde für ihn praktisch keine Aussicht, je in den Besitz des Bodens zu kommen. Kann er aber ein VKR ausüben, erwirbt er zwar vorerst nur das Oberbaurecht an seiner Parzelle - das Unterbaurecht kann er löschen oder als "Eigentümerdienstbarkeit" (45) bestehen lassen -, hat aber die reale Möglichkeit, mit einem nächsten Schritt, falls der Grundeigentümer verkauft, die Parzelle zu Eigentum zu erwerben. Diese Chance muss den Unterbauberechtigten so gut belassen bleiben wie dem Inhaber des Baurechts 1. Grades nach Art. 682 Abs. 2 ZGB - der Weg zum Grundeigentum ist auch so noch lang und unsicher genug.

Darob dürfen aber die Interessen des Grundeigentümers nicht vergessen werden. Das Gesetz gibt ihm den klaren Vorkaufsanspruch, wenn das von ihm errichtete Baurecht 1. Grades veräussert wird. Dabei muss er in Kauf nehmen, dass im Vorkaufsfall, vor Ablauf der Baurechtsdauer, das Vorkaufsobjekt mit einem oder mehreren Unterbaurechten belastet ist. Dass er zur Belastung nichts zu sagen hat, rechtfertigt sich im Interesse der Verkehrsfähigkeit selbständiger und dauernder Baurechte; weil er aber nichts zu sagen hat, darf ihm anlässlich des Vorkaufsfalles nicht noch eine Konkurrenz durch den Inhaber eines Unterbaurechts derart auferlegt werden, dass er das Oberbaurecht nur noch zu einem Teil, soweit es nämlich nicht vom Unterbauberechtigten beansprucht wird, erwerben kann. Das wäre aber der Fall, stellte man bei Veräusserung des Oberbaurechts Grundeigentümer und Unterbaurechtsinhaber auf die gleiche Stufe. U.E. darf auch bei einer zugunsten des Unter-

---

43) RUEDIN, S. 176 mit Hinweisen auf andere Lehrmeinungen. In Baurechtsverträgen wird das Recht, das Baurecht zu belasten, durch eine Klausel oft noch besonders gesichert (vgl. BGE 92 I 554). - Zur Frage, inwieweit sich eine vereinbarte Uebertragungsbeschränkung mit der Selbständigkeit eines Baurechts verträgt, siehe LEEMANN, N. 50 zu Art. 779 ZGB; 72 I 235ff.; WITT, S. 123ff. und 160.

44) LIVER, a.a.O.

45) Genauer: als Dienstbarkeit am eigenen Baurecht.

bauberechtigten ausdehnenden Gesetzesauslegung von Art. 682 Abs. 2 ZGB dem Grundeigentümer das Recht nicht genommen werden, das Baurecht 1. Grades in vollem Umfang, wenn auch allenfalls belastet, zu erwerben. Das g VKR des Grundeigentümers ist somit als p r i m ä r , das des Unterbaurechtsinhabers als s e k u n d ä r anzusehen (46), d.h. dass der Unterbauberechtigte sein VKR nur geltend machen kann, falls der Grundeigentümer darauf verzichtet (47). Kommt der Unterbauberechtigte zum Zuge, wird die Absicht des Gesetzgebers, die Vereinigung von Grundeigentum und Baurecht in einer Hand zu fördern, zwar noch nicht voll verwirklicht, wohl aber angenähert, da in der Baurechtskette ein Glied wegfällt; das Unterbaurecht kann gelöscht werden. Gleiches wird aber faktisch erreicht - und deshalb bedeutet die postulierte Vorzugsstellung des Grundeigentümers durch ein primäres VKR keine Schlechterstellung des Unterbaurechtsinhabers -, wenn der Grundeigentümer sein VKR ausübt. Wohl muss er der Belastung wegen das Oberbaurecht als Eigentümerdienstbarkeit gemäss Art. 753 ZGB stehen lassen (48). Die Baurechtskette wird somit nicht verkürzt; doch als Grundeigentümer und Oberbaurechtsinhaber in Personalunion tritt er in ein direktes Verhältnis zum Unterbauberechtigten, und den Parteien steht es frei, im gegenseitigen Einverständnis die Rechtslage zu vereinfachen und das Grundstück nach Löschung des Oberbaurechts (Art. 964 ZGB) direkt mit einem neuen Baurecht 1. Grades zu belasten.

Für die Lösung, das g VKR des Unterbauberechtigten vor dem des Grundeigentümers zurückweichen zu lassen, spricht im übrigen der Grundsatz der Alterspriorität: Das ein VKR in sich schliessende Unterbaurecht kann erst entstehen, nachdem das Oberbaurecht und mit ihm das g VKR des Grundeigentümers begründet worden sind. Fehlen besondere Parteivereinbarungen, hat auch unter diesem Gesichtspunkt das VKR des Unterbauberechtigten dem des Grundeigentümers bzw. Oberbauberechtigten nachzugehen (49).

Folgt man der dargelegten Ansicht, so sind als Subjekte des g VKRs beim Bestande von Unterbaurechten zu bezeichnen:

1. Der jeweilige Grundeigentümer. Für ihn bildet die Veräusserung des Baurechts 1. Grades den Vorkaufsfall gemäss Art. 682 Abs. 2 ZGB, nicht aber die Veräusserung etwelcher Unterbaurechte.
2. Der Inhaber des Baurechts 1. Grades. Er ist doppelt vorkaufsberechtigt: Für ihn bildet sowohl die Veräusserung des Grundeigentums einen Vorkaufsfall gemäss Art. 682 Abs. 2 ZGB bezüglich des Bodens, der durch sein Baurecht in Anspruch genommen wird, wie auch die Veräusserung des Baurechts 2. Grades, nicht aber

---

46) Die Konkurrenz mehrerer Inhaber von Baurechten gleichen Grades bietet keine Probleme, da jeder nur bezüglich der von ihm beanspruchten Parzelle vorkaufsberechtigt ist.

47) Die Ausübungsfrist braucht deshalb nicht erstreckt, die Gültigkeit der Ausübungserklärung des Unterbauberechtigten jedoch von der Bedingung abhängig gemacht zu werden, dass der Grundeigentümer sein VKR nicht ausübt.

48) Vgl. LIVER, N. 4 zu Art. 735 ZGB.

49) FREIMUELLER, S. 97.

die Veräusserung von Unterbaurechten höheren Grades.

3. Der Inhaber des Baurechts 2. Grades. Auch er ist doppelt vorkaufsberechtigt: Für ihn bildet die Veräusserung des Baurechts 1. Grades einen Vorkaufsfall bezüglich des Bodens, der durch sein Baurecht in Anspruch genommen wird - wobei allerdings sein Recht dem des Grundeigentümers nachgeht - und auch die Veräusserung eines allfälligen Baurechts 3. Grades.
4. Allgemein und theoretisch ausgedrückt sind von sämtlichen Inhabern von Baurechten aufeinanderfolgender Grade alle ausser dem letzten doppelt vorkaufsberechtigt: Einerseits bildet für den Inhaber des Baurechts n-ten Grades (n grösser oder gleich 2) die Veräusserung des Baurechts (n-1)ten Grades den Vorkaufsfall bezüglich des Bodens, der durch sein Baurecht in Anspruch genommen wird - wobei allerdings sein Recht dem des Inhabers des Baurechts (n-2)ten Grades nachgeht -, andererseits auch die Veräusserung eines allfälligen Baurechts (n+1)ten Grades. Erst der Inhaber des letzten Baurechts der Kette, des Baurechts (n+1)ten Grades, kommt nur in einer Richtung und nur subsidiär bezüglich des von ihm beanspruchten Bodens zum Zuge, wenn der Inhaber des Baurechts n-ten Grades veräussert.

2.2.4 Objekte des VKRs

Wie präsentiert sich das Objekt des dem Grundeigentümer bzw. einem Baurechtsinhaber zustehenden g VKRs, wenn wir vom Grundstück als Vorkaufsobjekt des Bauberechtigten im 1. Grade absehen? In Analogie zu Art. 682 Abs. 2 ZGB lautet die Antwort: als selbständiges und dauerndes, der Aufnahme ins Grundbuch fähiges Baurecht (50), oder, mit andern Worten, als das veräusserte Bau- bzw. Unterbaurecht, soweit es durch die Baute in Anspruch genommen, und zwar in seiner vertraglichen Ausgestaltung. Die Frage nach dem Objekt des g VKRs beim Bestande von Unterbaurechten führt somit zurück auf die Frage nach rechtlich zulässigem Inhalt und Umfang eines Baurechts überhaupt.

Die Rechtsnatur des Baurechts ersten oder höheren Grades als Dienstbarkeit legt für die Ausgestaltung vorweg enge Grenzen fest: Der Inhalt einer Dienstbarkeit kann nur in der Verpflichtung des Belasteten zu einem Unterlassen oder Dulden bestehen (51). Der Grundeigentümer oder Inhaber eines Oberbaurechts hat im allgemeinen auf dem Grundstück eigene Bautätigkeit zu unterlassen und zu dulden, dass der Bau- bzw. Unterbauberechtigte auf oder unter der Bodenfläche der Liegenschaft eine Baute errichtet oder beibehält (52). Gemäss dem im schweizerischen Sachenrecht ausnahmslos geltenden römischrechtlichen Grundsatz "servitus in faciendo consistere nequit" kann Inhalt einer Dienstbarkeit niemals die Verpflichtung zu einer positiven Leistung

---

50) Das g VKR spielt auch, wenn ein nicht aufgenommenes Baurecht wie eine Forderung zediert wird; vgl. FREIMUELLER, S. 95.

51) LIVER, N. 194 zu Art. 730 ZGB; derselbe in ZBJV 104 (1968) 37.

52) Art. 779 ZGB; vgl. dazu LIVER, ZBJV 94 (1958) 384 und FREIMUELLER, S. 27ff. und 49ff.

sein (53). Eine Dienstbarkeit beschränkt ausschliesslich die Ausübung der Eigentumsbefugnisse, hier auch der Befugnisse des Baurechtsinhabers. Verpflichtungen zur Vornahme von Handlungen können nicht zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht, sondern nur als Nebensache im Sinne von Art. 730 Abs. 2 ZGB mit ihr verbunden werden (54), so z.B. die Pflicht des mit einem Wegrecht Belasteten zum Unterhalt des Weges, die Pflicht des mit einem Quellenrecht Belasteten zur Vornahme kleinerer Reparaturen oder die Pflicht des mit einem Baurecht Belasteten zur Erschliessung der Parzelle.

In der Praxis hat sich bezüglich des gesetzlichen Inhalts von Baurechten die Frage gestellt, in welchem Ausmass die Befugnisse des Grundeigentümers bzw. des Oberbauberechtigten beschränkt werden dürfen. Das Gesetz lässt generell die Belastung durch eine Dienstbarkeit nur nach bestimmten Richtungen hin, "in bestimmter Hinsicht" (55), nicht aber umfassend, zu. In BGE 92 I 539ff. hatte sich das Bundesgericht mit der Zulässigkeit eines die ganze Bodenfläche belegenden Baurechts und eines Unterbaurechts von gleicher räumlicher Ausdehnung und gleicher zeitlicher Dauer zu befassen. Es war zu prüfen, ob diese Ausgestaltung des Unterbaurechts nicht die Aushöhlung des Oberbaurechts zur Folge habe, ob nicht, entsprechend der nuda proprietas des Nutzniessungsbelasteten eine "nuda superficies" (56) des Oberbaurechtsinhabers derart entstände, dass nicht mehr von der Errichtung eines Unterbaurechts, sondern nur noch von der Uebertragung des Oberbaurechts gesprochen werden könnte. Das Bundesgericht hat die Frage verneint (57) und dargelegt, dass die Rechte der Inhaber von Ober- und Unterbaurecht nicht auf gleicher Stufe stehen, sondern dass auch bei inhaltlicher Identität der beiden Baurechte dem Oberbaurechtsinhaber stets gewisse Befugnisse vorbehalten bleiben: so das Heimfallsrecht (Art. 779f-h ZGB) und das g VKR.

Der Regierungsrat des Kantons Bern, dessen Entscheid mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht weitergezogen wurde, glaubte die Errichtung eines so umfassenden Unterbaurechts u.a. mit der Begründung als unzulässig erklären zu müssen, ein mit dem Oberbaurecht identisches Unterbaurecht widerspreche dem Grundsatz der begrenzten Belastung (58). Er stützte sich dabei auf die Ausführungen LIVER's, wonach ein Baurecht, das die Ueberbauung des ganzen Grundstücks gestattet, nur dank gesetzlicher Regelung zulässig ist (59). Die Berner Grundbuchbehörden schlossen deshalb auf ein Verbot der umfassenden Belastung, da ja das Unterbaurecht im ZGB nicht vorgesehen sei, und der Redaktor der Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht lässt durchblicken, LIVER hätte in seiner anerkennenden Be-

---

53) LIVER, N. 4, 154f. und 225ff. zu Art. 730 ZGB; derselbe in ZBGR 43 (1962) 262.
54) LIVER, N. 194ff. zu Art. 730 ZGB und ZBJV 108 (1972) 323; a.M. LEEMANN, N. 33 zu Art. 730 ZGB.
55) Art. 730 und 781 ZGB.
56) "Une sorte de nu-superficiaire", RUEDIN, S. 177.
57) 92 I 546ff. E. 3 und 4.
58) ZBGR 49 (1968) 299.
59) LIVER, N. 15 zu Art. 730 ZGB.

sprechung des bundesgerichtlichen Entscheides zu diesen Ueberlegungen Stellung nehmen müssen (60). U.E. wird nun aber, nachdem sich Doktrin und Praxis grundsätzlich für die Zulässigkeit von Unterbaurechten ausgesprochen haben, eine gesetzliche Regelung des Inhalts eines Unterbaurechts gar nie in Betracht zu ziehen sein, da das Unterbaurecht begrifflich nichts anderes darstellt als ein Baurecht nach Art. 675/779 ZGB, zu errichten allerdings nur an einer bestimmten Kategorie von Objekten, die nach Art. 655 ZGB im Rechtsverkehr den Grundstücken gleichgestellt sind, nämlich an selbständigen und dauernden Baurechten. Aus diesem Grunde liegt die vom Bundesgericht anerkannte vollumfängliche Anwendung der Grundsätze des Baurechts auf das Unterbaurecht auf der Hand (61).

Zu betrachten bleiben die wechselseitigen Beziehungen zwischen Ober- und Unterbaurecht und ihre Auswirkungen auf den Baurechtsinhalt. Selbstverständlich und sich aus dem Gesagten ergebend ist die Feststellung, dass der Inhalt des Unterbaurechts durch den Inhalt des Oberbaurechts begrenzt wird (62). Als Besonderheit hingegen ist die bereits erwähnte Tatsache zu werten, wonach ein Unterbaurecht nicht an jedem beliebigen Grundstück nach Art. 655 ZGB, sondern nur an einem Baurecht errichtet werden kann (63), und hinzuweisen ist der Vollständigkeit halber auf die gesetzliche Schranke der Belastung von Baurechten mit Unterbaurechten, die sich gemäss Art. 675 Abs. 2 ZGB aus dem Verbot, Baurechte an Stockwerken zu errichten, in bestimmten Fällen ergeben kann, dann nämlich, wenn die auf Grund selbständiger und dauernder Baurechte und Unterbaurechte erstellten Bauwerke Bestandteile des gleichen horizontal geteilten Gebäudes über oder unter derselben Grundfläche bilden (64).

Zusammenfassend ist zu sagen, dass Objekte des g VKRs die Bau- bzw. Unterbaurechte sind, deren vertragliche Ausgestaltung sich im oben umrissenen Rahmen zu halten hat. Ein Unterbaurecht gleichen Inhalts wie das Oberbaurecht kann sinnvoll und damit Gegenstand des g VKRs sein, da dem Oberbauberechtigten bestimmte Vorrechte und Befugnisse (Heimfallsrecht und g VKR) in jedem Falle erhalten bleiben.

---

60) HUBER in ZBGR 49 (1968) 299; LIVER in ZBJV 104 (1968) 34ff.

61) Analog der Nutzniessung wird auch beim selbständigen und dauernden Baurecht einer vollständigen Aushöhlung der Eigentumsbefugnisse gesetzlich vorgebeugt: Beide Rechte sind zeitlich beschränkt. Die Nutzniessung endet spätestens mit dem Tode des Berechtigten, ein selbständiges und dauerndes Baurecht kann höchstens für die Dauer von 100 Jahren errichtet werden (Art. 7791 Abs. 1 ZGB).

62) RUEDIN, S. 176.

63) RUEDIN, S. 170f.

64) LIVER, ZBJV 94 (1958) 388.

§ 13 GESETZLICHE VKRe IM AKTIENRECHT?

1. Das "g VKR" von Art. 686 Abs. 4 OR

1.1 Problemstellung und herrschende Meinung

Nach schweizerischem Aktienrecht sind Namenaktien übertragbar, sofern die Statuten nicht etwas anderes bestimmen (Art. 684). Ueber die Eigentümer der Namenaktien hat die Gesellschaft ein Aktienbuch zu führen, in dem die Aktionäre mit Namen und Wohnort eingetragen werden (Art. 685 Abs. 1); im Verhältnis zur Gesellschaft wird derjenige als Aktionär betrachtet, der im Aktienbuch eingetragen ist (Art. 685 Abs. 4). Der Gesellschaft steht nun das Recht zu, einem missliebigen Erwerber von Namenaktien den Eintrag ins Aktienbuch aus Gründen, die in den Statuten vorgesehen sind, zu verweigern (Art. 686 Abs. 1), wobei die Statuten auch vorsehen können, dass die Eintragung ohne Angabe von Gründen verweigert werden darf (Art. 686 Abs. 2).

Art. 686 Abs. 4, mit dem wir uns zu befassen haben, hat folgenden Wortlaut: "Sind die Aktien infolge Erbganges, ehelichen Güterrechts oder Zwangsvollstreckung erworben worden, so kann keine Sicherstellung verlangt und die Eintragung in das Aktienbuch nur verweigert werden, wenn Mitglieder der Verwaltung oder einzelne Aktionäre sich bereit erklären, die Aktien zum Börsenkurs und, wenn ein solcher nicht besteht, zum wirklichen Wert im Zeitpunkte der Anmeldung zur Eintragung zu übernehmen".

Fast ausnahmslos wird in der Literatur die Auffassung vertreten, diese Gesetzesbestimmung enthalte ein Vorkaufs- oder Kaufsrecht. Als "eine Art von Vorkaufsrecht" wurde das Erwerbsrecht von Aktionären und Verwaltung in der Expertenkommission angesprochen (1). V. STEIGER und SCHMID erwähnen das g VKR von Art. 686 Abs. 4 OR, ohne weiter auf das Problem einzutreten (2). GUHL macht einen deutlichen Vorbehalt. Er spricht von einer "eigentümlichen Uebertragungsbeschränkung", die gelegentlich auch als g VKR der Aktionäre bezeichnet werde; die Bezeichnung "g VKR" setzt er in Anführungszeichen (3). Abweichend äussert sich WIELAND: Seiner Ansicht nach handelt es sich um ein gesetzliches Kaufsrecht der Gesellschaft (4). Auch R. PESTALOZZI-HENGGELER plädiert für ein Kaufsrecht, da bei Uebergang der Aktien durch Erbgang oder eheliches Güterrecht kein Kauf abgeschlossen werde, man ein g VKR also höchstens beim Erwerb durch Zwangsvollstreckung auf Grund des Kaufvertrages zwischen Erwerber und Vollstreckungsbeamten annehmen könne (5).

---

1) Prot Exp Komm OR, S. 294.
2) v. STEIGER Fritz, Recht der AG, 4. Aufl., Zürich 1970, S. 144; SCHMID, S. 64.
3) GUHL, Uebertragbarkeit von Namenaktien und Verweigerung der Eintragung ins Aktienbuch, SAG 13 (1940/41) 35f.
4) WIELAND Alfred, Das Aktienbuch und der Rechtsübergang an Namenaktien nach dem revidierten OR, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 18, Basel 1945, S. 58.
5) PESTALOZZI-HENGGELER, S. 170f. Anm. 45.

Dieser Ansicht schliessen sich BRENNER, SCHLUEP und BUERGI an (6). Mit der Formulierung "Ablösung" der Mitgliedschaftsrechte weicht STECHEL der Fragestellung aus (7).

Eingehend hat sich in letzter Zeit E. SALZGEBER-DUERIG mit der Rechtsnatur des Erwerbsrechts von Art. 686 Abs. 4 OR befasst, und sie ist in Anlehnung an HENRICH (8) zu einem Resultat gelangt, das sich nicht mit der herrschenden Meinung deckt. Die Autorin sieht in der Uebertragungsbeschränkung vinkulierter Namenaktien eine V o r h a n d . Dieser Ansicht ist u. E. beizupflichten; die Interessenlage der beteiligten Personen würdigen wir indessen aus abweichender Sicht.

1.2 Gedanken zu Art. 686 Abs. 4 OR

Es gilt zu untersuchen, welcher Art die Rechte und Pflichten sind, die sich aus Art. 686 Abs. 4 OR ergeben. Auszugehen ist dabei vom gesetzgeberischen

1.2.1 Zweck der Vinkulierungsbestimmung

Im Vordergrund steht zweifellos der Schutz der AG vor unerwünschten Aktionären. Der Gesellschaft ist die Möglichkeit gegeben, Mitglieder der Verwaltung oder bisherige Aktionäre zu nennen, welche bereit sind, die Aktien nicht genehmer Erwerber aus Erbgang, ehelichem Güterrecht oder Zwangsvollstreckung käuflich zu erwerben (9). Dem Sinn der Vorschrift entspräche es, wenn sich die Gesellschaft erst nach der Feststellung, die Erwerber nach Art. 686 Abs. 4 OR seien als Mitglieder unerwünscht, auf die Suche nach Interessenten in den Reihen der Verwaltungsmitglieder und Aktionäre machen würde (10). Falls die Gesellschaft zum Schluss gelangt, der Erwerber sei nicht genehm, so hat sie alsdann die Pflicht - nicht mehr das Recht -, ihm eine Kaufsofferte zu unterbreiten. Nach der Ablehnung der Eintragung ist die Gesellschaft nicht mehr frei in ihren Entscheidungen. Sie muss einen Käufer bezeichnen, und bei dieser Reihenfolge der Entschlussfassung gibt es nach der Verweigerung der Eintragung tatsächlich einen Zeitpunkt, in dem der Gesellschaft weder ein Kaufs- noch ein Vorkaufsrecht zusteht, sondern sie im Gegenteil zum Kauf verpflichtet ist (11).

---

6) BRENNER, S. 167; SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte der Aktionäre und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, S. 108; BUERGI, Komm. N. 62 zu Art. 686 OR.

7) STECHEL Humbert, Der erbrechtliche Uebergang vinkulierter Namenaktien, Diss. Freiburg 1952, S. 37.

8) HENRICH, S. 323ff.

9) Zum Erwerb der Aktien ist nicht die Gesellschaft ermächtigt, SCHLUEP, a.a.O., S. 108.

10) Zur umstrittenen Frage, ob auch beliebige Dritte, Nichtmitglieder der AG, die Aktien sollen übernehmen dürfen, bejahend SCHLUEP, a.a.O., S. 108 Anm. 60, verneinend SCHUCANY Emil, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, N. 3 zu Art. 686 OR.

11) SALZGEBER-DUERIG, S. 224.

Diese Kaufspflicht der Gesellschaft fällt nun u.E. aber nicht ins Gewicht, darf ruhig übersehen werden; denn erstens besteht sie nur in einem ganz bestimmten fiktiven Zeitpunkt, nämlich nach der Verweigerung der Eintragung, und zweitens ist gegen das Hervorheben der Kaufspflicht der Gesellschaft einzuwenden, dass ganz allgemein jeder Pflicht als Korrelat ein Recht gegenübersteht, dass in diesem Zeitpunkt also der Kaufspflicht der Gesellschaft ein Verkaufsrecht der Personen gegenüberzustehen hätte, die die Aktien gemäss Art. 686 Abs. 4 OR gesetzlich erworben haben (12). Dem ist nun aber nicht so.

Zur Begründung unserer Auffassung ist wieder die ratio legis von Art. 686 Abs. 4 OR beizuziehen. Neben dem Schutz der AG vor unerwünschten Mitgliedern sieht E. SALZGEBER in der Vinkulierungsbestimmung auch noch eine Begünstigung der Personen, welche durch Erbgang, eheliches Güterreicht oder Zwangsvollstreckung in den Besitz vinkulierter Namenaktien gekommen sind. Art. 686 Abs. 4 OR erfüllte demnach eine Doppelfunktion: "einerseits Schutz der AG vor unerwünschten Erwerbern, andererseits Schutz bestimmter Aktienerwerber vor finanziellen Einbussen" (13). Von Begünstigung der Erwerber nach Abs. 4 sprechen in der Tat auch andere Autoren (14). Welcher Art diese Begünstigung jedoch sein soll, wird u.E. aber nicht sehr klar gesagt. Begünstigung gegenüber rechtsgeschäftlichen Erwerbern (15)? Schutz vor finanzieller Einbusse, weil bei Uebernahme der Aktien den gesetzlich berechtigten Personen ein angemessener Preis zu bezahlen ist? Betrachtet aus der Sicht des Erwerbers durch Erbgang, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung sieht die Sache wesentlich anders aus. Auf legale Weise ist er in den Besitz der Aktien gelangt, ist Eigentümer geworden. Ipso iure haben Erbe, Ehegatte oder Gläubiger kraft zwingenden Rechts auch die Mitgliedschaft der Gesellschaft erworben (16). Nicht auszuschliessen ist einerseits, dass sich ein fremder Käufer fände, der gewillt wäre, einen über dem innern Wert liegenden Preis für die Aktien zu bezahlen, sei es aus persönlichen Gründen, sei es, weil es sich um Aktien einer aufstrebenden Gesellschaft mit Zukunftsaussichten handelt. Andererseits möchte der Erwerber nach Art. 686 Abs. 4 OR die Aktien eventuell gar nicht veräussern, sondern in der Gesellschaft mitreden und sich gleichzeitig den steigenden Vermögenswert der Beteiligung für spätere Zeiten sichern. In diesem Zusammenhang muss man sich auch vergegenwärtigen, dass sich in der Praxis die Gesellschaft gegebenenfalls zuerst fragt, ob Mitglieder der Verwaltung oder bisherige Aktionäre kaufen wollen. Ist dies der Fall, wird sie die Eintragung verweigern; findet sich kein Käufer, so trägt sie ein. Ueber die Zulässigkeit solchen Vorgehens kann man geteilter Meinung sein; aber ungeachtet der Tatsache, dass diese umgekehrte Reihenfolge der Fragestellung gesellschaftsintern vor sich geht und sich von aussen kaum nachweisen

---

12) SALZGEBER-DUERIG, S. 219ff.
13) SALZGEBER-DUERIG, S. 218.
14) BUERGI, N. 58 und 77 zu Art. 686 OR; PESTALOZZI-HENGGELER, S. 161.
15) Im Unterschied zu den Erwerbern durch Erbgang, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung.
16) SCHLUEP, a.a.O., S. 108; a.M. BUERGI, N. 73 zu Art. 686 und JAEGGI, SAG 23 (1950/51) 200.

lässt, ist wohl auch rechtlich nichts dagegen einzuwenden, wenn man davon ausgeht, dass eine allgemeine Vinkulierungsbestimmung des Inhalts, die Verweigerung der Eintragung eines Erwerbers im Aktienbuch sei auch ohne Angabe von Gründen zulässig, in den Rahmen des Erlaubten gehört (17). Somit besteht grundsätzlich in den Fällen von Art. 686 Abs. 4 OR die Möglichkeit, einen Erwerber abzuweisen, w e i l sich bisherige Aktionäre oder Verwaltungsräte zur Uebernahme der Aktien bereit finden (18). Fast unnötig dürfte der Hinweis sein, dass sich bei schlechtem Geschäftsgang und drohenden Verlusten weder Verwaltungsratsmitglieder noch Aktionäre zum Kaufe bereit finden werden und die Eintragung ohne weiteres erfolgt. Wo lässt somit Art. 686 Abs. 4 OR noch Platz für eine Begünstigung der Erwerber aus Erbgang, ehelichem Güterrecht oder Zwangsvollstreckung? Auch das Bundesgericht erwähnt sie mit keinem Wort: "Art. 686 Abs. 4 OR ist aufgestellt im Interesse der Gesellschaft, so wie der Verwaltungsrat es versteht" (19).

Verneint man eine Begünstigung der Erwerber nach Art. 686 Abs. 4 OR und den Schutz ihrer Vermögensinteressen, kann man auch der eingangs erwähnten Kaufpflicht der Gesellschaft nach Ablehnung der Eintragung keine massgebliche Bedeutung zumessen. Dies umso weniger, als sich das Korrelat dazu, das Verkaufsrecht von Erbe, Ehegatte und Gläubiger, wie schon vorausgeschickt, ebenfalls in Frage stellen lässt. Nach unserer Auffassung gehört zum Verkaufsrecht, unabhängig davon, ob es auf Kaufvorvertrag, bedingtem Kaufvertrag oder auf Gesetz beruht, begriffsnotwendigerweise die Bestimmung des Zeitpunkts, in welchem die Sache Hand wechseln soll (20). Diese Befugnis steht nun aber den nach Art. 686 Abs. 4 OR "Begünstigten" keineswegs zu. Sie haben im Gegenteil in die Uebernahme der Aktien kurz nach Erwerb einzuwilligen, dann nämlich, wenn die Kaufsofferte seitens der Gesellschaft vorliegt. Wir neigen deshalb dazu, das Begriffspaar Kaufverpflichtung der Verwaltungsratsmitglieder oder Aktionäre und "Verkaufsrecht" der gesetzlichen Erwerber im Zeitpunkt nach der Verweigerung der Eintragung ausser acht zu lassen oder zumindest hintanzustellen (21). Sieht man die Situation als Ganzes - Aktienerwerb durch Erbgang, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollsteckung und Uebernahme der Aktien durch Mitglieder der Verwaltung oder Aktionäre -, so ist aus Art. 686 Abs. 4 OR eine andere Rollenverteilung herauszulesen. Die Privilegierung der Gesellschaftsinteressen überwiegt, und zu prüfen bleibt nur, welcher Natur die Rechte sind, die der Gesellschaft aus der Vinkulierungsbestimmung erwachsen.

---

17) Art. 686 Abs. 2 OR; SALZGEBER-DUERIG, S. 225; zur Abweisung "nach Ermessen des zuständigen Organs" vgl. a.a.O., S. 251.

18) SALZGEBER-DUERIG, S. 226.

19) 75 II 353, kritisiert von BUERGI, N. 77 zu Art. 686. Eine Begünstigung wäre u.E. allenfalls in der Weise denkbar, dass Erwerbern gemäss Art. 686 Abs. 4 OR im Gegensatz zu rechtsgeschäftlichen Erwerbern ipso iure die Mitgliedschaftsrechte zustehen. Vgl. dazu BUERGI, N. 74 zu Art. 686.

20) Vgl. oben, § 3, S. 55f.

21) Anders SALZGEBER-DUERIG, S. 219 und 224.

1.2.2 Eigenschaften des Erwerbsrechtes

Unter der Voraussetzung, dass

- die Spaltung der Aktien statutarisch ausgeschlossen ist,
- man ferner die Zulässigkeit einer starken Vinkulierung bejaht, wonach bei Uebernahmebereitschaft bisheriger Aktionäre den Erwerbern von Aktien nach Art. 686 Abs. 4 OR die Eintragung ins Aktienbuch verweigert werden darf und
- die Statuten eine solche Vinkulierung auch enthalten,

liegt seitens der Gesellschaft ein Recht vor, das eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung der Belasteten zum Inhalt hat, wie sie das schweizerische Privatrecht in solcher Schärfe sonst nicht kennt: Den durch Erbgang, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung Aktionär Gewordenen wird materiell ihr eben erworbenes Eigentum entzogen, ohne dass sie das Geringste mit Erfolg dagegen unternehmen können. Handelt es sich dabei um ein gesetzliches Kaufrecht, ein g VKR oder ein gesetzliches Vorrecht anderer Art?

Das der Gesellschaft, beziehungsweise den Mitgliedern der Verwaltung und den bisherigen Aktionären zustehende Recht soll vorerst als Erwerbsrecht bezeichnet werden, charakterisiert durch folgende Eigenschaften:

a) Bedingung für die Ausübung ist der Erwerb der Aktien durch die belasteten Personen gemäss Art. 686 Abs. 4 OR, also durch Erbgang, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung. Dabei ist nicht nur der Erbgang als eine für den Erwerber kasuelle Bedingung aufzufassen, sondern ebenso der Erwerb durch eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung, richtet sich doch der Wille der Erwerber auch in den beiden letzteren Fällen keineswegs darauf, die Bedingung für die Uebernahme durch die Berechtigten zu setzen, sondern vielmehr darauf, erst einmal in den Besitz der Aktien zu gelangen.

b) Die Ausübung unterliegt keiner gesetzlichen Frist. Das Bundesgericht hat jedoch anerkannt, dass sich die Gesellschaft binnen angemessener Frist für oder gegen die Eintragung zu entscheiden habe (22).

c) Der Uebernahmepreis ist durch gesetzliche Vorschrift bestimmbar. Für die Aktien ist der Börsenkurs und, wenn ein solcher nicht besteht, der wirkliche Wert im Zeitpunkte der Anmeldung zur Eintragung zu bezahlen (Art. 686 Abs. 4 OR).

1.2.3 Rechtsnatur des Erwerbsrechts: Kaufsrecht, VKR oder Vorhand?

Vergleichen wir das oben umschriebene Erwerbsrecht mit einem K a u f s r e c h t . Einfach ist die Feststellung LEHNER's, "sofern der Vorkaufsfall nicht vom veräussernden Aktionär gesetzt wird, handelt es sich um ein bedingtes Kaufsrecht" (23).

---

22) BGE 75 II 353; ebenso JAEGGI, SAG 23 (1950/51) 200.

23) LEHNER, SJZ 50 (1954) 77. LEHNER befasst sich zwar mit dem rechtsgeschäftlichen VKR an Aktien, doch steht einer Bezugnahme auf Art. 686 Abs. 4 OR nichts entgegen.

Aehnlich argumentiert R. PESTALOZZI-HENGGELER zugunsten eines Kaufsrechts, da bei Erbgang und Erwerb durch eheliches Güterrecht kein Kaufvertrag zwischen Belastetem und Drittem vorliege (24). Beurteilt nur anhand der formellen Kriterien zur Unterscheidung von Kaufsrecht und VKR, gelangt man ebenfalls zur Annahme eines bedingten Kaufsrechts (25): Erste Bedingung wäre der Eintritt des Erbfalls bzw. der Erwerb durch eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung, zweite Bedingung die Ausübungserklärung der Gesellschaft, d.h. die Mitteilung, die Aktien würden auf Rechnung bisheriger Aktionäre übernommen. Das Gesetz sieht keine Ausübungsfrist vor, bestimmt aber den Preis der Aktien. Allein schon hier ist die Frage aufzuwerfen, ob der Gesellschaft tatsächlich ein Gestaltungsrecht zusteht, wie das bei einem Kaufsrecht begriffsnotwendig wäre (26). Besteht tatsächlich zwischen der Gesellschaft und den gesetzlichen Erwerbern nach Art. 686 Abs. 4 OR ein suspensiv bedingtes Kaufvertragsverhältnis, das mit der Aeusserung der Gesellschaft zum unbedingten wird, so dass die Gesellschaft bereits auf Erfüllung des Vertrages und auf Uebergabe der Aktien klagen könnte? U.E. ist das zu verneinen (27). Sogar, wenn die Spaltung der Aktien statutarisch ausgeschlossen ist, kann der unter Art. 686 Abs. 4 OR zu subsumierende Erwerber nicht gezwungen werden, die Aktienurkunden herauszugeben (28); nur die Eintragung im Aktienbuch kann ihm verweigert werden. Die Gesellschaft müsste deshalb auf Abschluss eines Kaufvertrages klagen.

Berücksichtigt man zusätzlich das von E. SALZGEBER herausgearbeitete materielle Kriterium zur Unterscheidung von bedingtem Kaufsrecht und limitiertem VKR, nämlich die unmittelbare Bevorzugung der Berechtigten gegenüber Erwerbern, die durch den Eintritt der Bedingung eigentlich rechtmässige Eigentümer der Aktien würden (29), so stellt man fest, dass eine solche Vorzugsstellung vorhanden ist. Die Mitglieder der Verwaltung und die bisherigen Aktionäre werden gegenüber den Erwerbern aus Erbgang, ehelichem Güterrecht und Zwangsvollstreckung direkt bevorzugt, so dass auch anhand dieses Kriteriums die Annahme eines bedingten gesetzlichen Kaufsrechts abzulehnen ist.

Vergleichen wir nun das Erwerbsrecht von Art. 686 Abs. 4 OR mit einem V o r k a u f s r e c h t . Zur Diskussion steht ein gesetzliches, relativ limitiertes VKR. Als zu einfach erweist sich auch hier die Ansicht derjenigen Autoren, die ein VKR in Art. 686 Abs. 4 OR nur negieren, weil die Ausübung des Rechts nicht an einen Vorkaufsfall im technischen Sinn (30), also an ein entgeltliches Veräusserungsgeschäft

---

24) PESTALOZZI-HENGGELER, a.a.O., S. 170f. Anm. 45; oben, S. 98.
25) SALZGEBER-DUERIG, S. 226/110f.; oben, § 3, S. 53.
26) Bejahend JAEGGI, SAG 23 (1950/51) 200.
27) Obwohl gemäss Art. 78 BZP das richterliche Urteil die Willensäusserung des Beklagten ersetzen kann (vgl. BGE 97 II 48ff.; oben, § 3, S. 55, Anm. 36), müsste das Rechtsbegehren korrekterweise doch auf Abschluss und nicht bereits auf Erfüllung des Vertrages lauten.
28) SALZGEBER-DUERIG, S. 230.
29) SALZGEBER-DUERIG, S. 227; oben, § 3, S. 53.
30) Unten, § 18, S. 148ff.

des Verpflichteten mit einem Dritten, gebunden ist; denn auf Grund der Vertragsfreiheit sind die Parteien nicht nur bei den rechtsgeschäftlichen, sondern auch bei den g VKRen des Privatrechts befugt, den Vorkaufsfall von der Norm, d.h. vom typischen Vorkaufsfall abweichend zu umschreiben, indem sie die Ausübung des VKRs entweder auf weitere Rechtsgeschäfte ausdehnen oder aber die Anzahl der Vorkaufsfälle einschränken. Durch solche Abmachungen gestalten die Parteien einen atypischen Vorkaufsfall (31). Nun wäre es durchaus denkbar, dass bei einem g VKR nicht die Parteien, sondern eben das Gesetz einen atypischen Vorkaufsfall umschreibt, in casu also nicht den Verkauf, sondern den Erwerb des Objekts als Bedingung nennt. Allein deswegen dürfte die Existenz eines g VKRs noch nicht in Frage gestellt werden; es könnte u.U. ein atypisches VKR vorliegen.

Auch getestet an den Kriterien von E. SALZGEBER glaubt man auf den ersten Blick, in Art. 686 Abs. 4 OR ein limitiertes g VKR vor sich zu haben. Bedingung und Bestimmbarkeit des Preises sind gegeben. Die vom Gesetzgeber nicht erwähnte Ausübungsfrist wurde per analogiam durch die Praxis geschaffen (32). Den formellen Kriterien ist Genüge getan, und durch die unmittelbare Bevorzugung der gesetzlich Berechtigten gegenüber den Personen, die sonst Eigentümer der Sache würden, ist auch das materielle Erfordernis erfüllt. Auf den zweiten Blick darf dieses Ergebnis aber doch in Zweifel gezogen werden, und das aus drei Gründen:

- Erstens stellt sich, wie beim gesetzlichen Kaufsrecht, wieder die Frage, ob den Berechtigten tatsächlich ein Gestaltungsrecht zusteht, oder ob sie nicht vielmehr nur den Anspruch haben, mit den Belasteten einen Kaufvertrag abzuschliessen. Letzteres scheint uns näher zu liegen (33); denn - und darin sehen wir mit E. SALZGEBER einen entscheidenden Einwand - da die gesetzlichen Erwerber nach Art. 686 Abs. 4 OR nicht gegen ihren Willen zur Herausgabe der Aktien und zum Verzicht auf daraus resultierende künftige Forderungen gezwungen werden können, würde die Ausübung des VKR noch einer zusätzlichen Bedingung unterstehen, nämlich dem Willen des Vorkaufsbelasteten. Ein VKR aber, dessen Ausübung nach dem Eintritt des Vorkaufsfalles noch vom Willen des Belasteten abhängt, ist begrifflich unmöglich (34).

- Zweitens umschreibt das Gesetz eine Erwerbsbedingung, die sich u.E. überhaupt nicht als Vorkaufsfall, auch nicht als atypischen Vorkaufsfall, auffassen lässt. Bei jedem VKR, typischem und atypischem, setzt der Vorkaufsverpflichtete die erste Bedingung des doppelt suspensiv bedingten Kaufvertragsverhältnisses; er erzeugt freiwillig den Vorkaufsfall. Mit Abgabe der Ausübungserklärung verwirklicht der Vorkaufsberechtigte die zweite Bedingung. Im Falle von Art. 686 Abs. 4 OR ist der Verpflichtete aber im Zeitpunkt des "Vorkaufsfalles" noch gar nicht Eigentümer der Aktien, sondern er erwirbt sie erst, und unabhängig davon, ob sie ihm durch Erbgang, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung zufallen, kann mit

---

31) Unten, § 18, S. 159f. und § 19, S. 191ff.
32) BGE 75 II 353.
33) Gegen eine definitorische Abgrenzung GUHL/MERZ/KUMMER, S. 301.
34) SALZGEBER-DUERIG, S. 230.

Sicherheit gesagt werden, dass er sie nicht erwirbt, um den "Vorkaufsfall" herbeizuführen; sein Wille ist vielmehr auf Erwerb und Besitz der Aktien gerichtet. Eine solche, wenn auch gesetzliche, Erweiterung des Vorkaufsfalles von einer Potestativ- auf eine für den Belasteten als kasuell zu betrachtenden Bedingung scheint uns aber mit dem Begriff des VKR nicht vereinbar (35).

- Als drittes Argument ist gegen die Annahme eines limitierten g VKR ins Feld zu führen, dass ein Rechtsinstitut bekannt ist, das die wirklichen Vorgänge in Art. 686 Abs. 4 OR besser erfasst: eine Vorhand, und zwar eine limitierte atypische Vorhand der zweiten Art, eine Verpflichtung des bedingten Erwerbers zur Annahme eines Angebots (36).

Für die Ausübung der Vorhand wird in der Literatur anerkannt, dass die Parteien als Bedingung nicht nur die Verkaufsabsicht, sondern auch den Erwerb eines bestimmten Objekts vereinbaren können (37). In Art. 686 Abs. 4 OR umschreibt das Gesetz diese Bedingung: Der Erwerb vinkulierter Namenaktien durch Erbgang, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung bildet den atypischen Vorhandfall. Dabei muss eingestanden werden, dass sich der zweite, gegen die Annahme eines g VKR bereits angeführte Einwand auch hier nicht vermeiden lässt. Beim gesetzlichen Erwerb nach Art. 686 Abs. 4 OR ist der Wille des Verpflichteten keineswegs auf das Herbeiführen des Vorhandfalles gerichtet. Die Ausübung hängt somit für den Belasteten, der seine Aktien nicht veräussern will, nicht von einer Potestativbedingung ab. Dieser Schönheitsfehler in der rechtlichen Konstruktion ist aber leichter hinzunehmen als beim VKR, da das Gesetz die Vorhand nicht regelt.

Ist nun der Vorhandfall eingetreten, erfolgt die Mitteilung an die Gesellschaft in der Regel mit dem Gesuch des Erwerbers um Eintragung im Aktienbuch. Wird die Eintragung verweigert, so ist dem Erwerber eine Offerte zuzustellen, zu deren Annahme er verpflichtet ist (38), und hierin liegt, wie wir gesehen haben, der massgebende Unterschied zu einem Kaufs- oder Vorkaufsrecht (39). Während bei diesen beiden Rechten der Kaufvertrag direkt durch die Ausübung des Gestaltungsrechts zustande kommt, müssen bei der Vorhand beide Parteien nochmals rechtsgeschäftlich tätig werden. Da die Vorhand durch Gesetz relativ limitiert, der Preis im Zeitpunkt der Ausübung also bestimmbar ist, hat der Verpflichtete nun aber nicht die Möglichkeit, "das Angebot des Vorberechtigten mit der Mitteilung eines günstigeren Angebots zu beantworten" (40), sondern er muss dem Berechtigten die Hand zum Vertragsabschluss reichen. Sollte er nicht handlungsfähig sein, hätte das zur Folge, dass sein gesetzlicher Vertreter für ihn die Offerte an-

---

35) Die Erweiterung des Vorkaufsfalles auf den Erwerb einer Sache ist u.E. grundsätzlich unzulässig; vgl. unten, § 19, S. 192.
36) SALZGEBER-DUERIG, S. 227; oben, § 3, S. 57.
37) HENRICH, S. 307; SALZGEBER-DUERIG, S. 141.
38) Für Aktien, die der Spaltung unterliegen, besteht keine Annahmepflicht; vgl. SALZGEBER-DUERIG, S. 228.
39) Vgl. § 3, S. 57.
40) HENRICH, S. 304.

nehmen müsste (41). Dies ist ein weiterer Punkt, in welchem sich die Vorhand von Kaufs- und Vorkaufsrecht unterscheidet. Im Zeitpunkt der Ausübung eines Gestaltungsrechts, beruhe es auf Rechtsgeschäft oder auf Gesetz, muss nur der Berechtigte handlungsfähig sein; die Handlungsfähigkeit beider Parteien ist allein beim Abschluss des ein Gestaltungsrecht begründenden Kaufs- oder Vorkaufsvertrages erforderlich (42).

Mit dem Ergebnis, dass das bedingte Erwerbsrecht in Art. 686 Abs. 4 OR einer gesetzlichen Vorhand ähnlicher sieht als einem Kaufs- oder Vorkaufsrecht, begnügen wir uns. Zur Abklärung weiterer Probleme, die Art. 686 Abs. 4 OR stellt, sei auf die Arbeit von E. SALZGEBER-DUERIG verwiesen (43).

2. Drittwirkung rechtsgeschäftlicher oder statutarischer VKRe an Namenaktien?

Das Aktienrecht steht heute vor einem Problem, das sich mit Jurisprudenz allein nicht mehr lösen lässt. Die gesetzliche Regelung des Aktienrechts im schweizerischen Zivilrecht wird in ihrer Gesamtheit durch die Forderungen der Belegschaften nach Mitsprache und Mitbestimmung in Frage gestellt. Auf politischer, rechtlicher und menschlicher Ebene bemühen sich die Sozialpartner, die Voraussetzungen zur Abänderung der alten oder zur Schaffung neuer Normen zu erarbeiten. Dies muss man sich vor Augen halten, will man daneben von aktuellen Problemen des Aktienrechts überhaupt noch sprechen. Auf rein juristischem Gebiet finden sich aktuelle Probleme aber doch noch. Eines von ihnen sei hier angedeutet, da es in unmittelbarer Beziehung zur Betrachtung des g VKR steht; es betrifft das rechtsgeschäftliche oder statutarische VKR an Namenaktien.

Eine Umfrage bei 600 privaten schweizerischen Aktiengesellschaften im Jahre 1970 hat ergeben, dass fast 50% der Befragten ihr Familienunternehmen in die Rechtsform der AG gekleidet haben, um nach ihrem Ableben dereinst wenigstens das Ueberleben des Geschäftes zu sichern und Erbfolgestreitigkeiten zu unterbinden (44). Neben der Vinkulierung, neben Stimmrechtsaktien und Aktionärbindungsverträgen sollten VKRe der Familienmitglieder an Namenaktien als Mittel dienen, das Unternehmen auch weiterhin der Familie zu erhalten und die Einheit der Geschäftsführung bestmöglichst zu wahren. Mit den VKRen suchte man zu verhindern, dass Aktien ohne das Einverständnis aller in fremde Hände gelangten.

Verpflichtet durch solche rechtsgeschäftlichen VKRe unter Aktionären werden nun aber nur die Vertragsparteien als unmittelbar Beteiligte. Zwar sollten sie sich an die Vereinbarung halten, doch können sie, falls sie Schadenersatzansprüche nicht

---

41) Siehe auch v. STEIGER Fritz, Prüfungsrecht und Prüfungspflicht der AG betreffend die Handlungsfähigkeit von Veräusserer und Erwerber bei der Eintragung ins Aktienbuch, SJZ 59 (1963) 333.
42) SALZGEBER-DUERIG, S. 229.
43) SALZGEBER-DUERIG, 6. Kapitel, S. 216ff.
44) KUMMER, Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, S. 110f.

scheuen, die Aktien einem Familienfremden verkaufen. Sie sind ja nur obligatorisch gebunden, und der Dritte, der die Aktie erwirbt, braucht sich nicht um die Vorkaufsverpflichtung des Veräusserers zu kümmern (45). Die Gesellschaft wird somit nicht wirksam vor Ueberfremdung geschützt.

Es stellt sich die Frage, ob, und wenn ja, wie die Wirkung solcher Vorkaufsvereinbarungen unter Aktionären auf Dritte erstreckt werden könnte, o h n e d a s s m a n s i c h d e r V i n k u l i e r u n g b e d i e n t. Gesucht wird also ein Pendent zur Vormerkung des rechtsgeschäftlichen VKRs an Grundstücken im Grundbuch oder zur Drittwirkung des g VKRs, und, so meinen einige Autoren, zu finden sei es in der Aufnahme des VKRs in den Statuten (46). So argumentiert v. STEIGER, beim Käufer einer Aktie dürfe man die Kenntnis der Statuten voraussetzen, und da die Rechtsstellung jedes Mitgliedes der Gesellschaft durch die Statuten bestimmt werde, übernehme der Käufer mit dem Kauf der Aktie die Vorkaufsbelastung (47). Er würde dadurch also verpflichtet, die Aktie nach Erwerb sofort wieder herauszugeben, wenn ein Vorkaufsberechtigter sein Recht ausübte.

KUMMER legt überzeugend dar, dass das Problem so einfach sich nicht lösen lässt (48). Einmal wird von keiner Seite bestritten, dass alle zur Diskussion stehenden Rechtsbeziehungen zwischen Aktionären unter sich oder zwischen Aktionären und Gesellschaft rein obligatorischer Natur sind. Daran ändert auch die "Einkleidung der Verpflichtung in das statutarische Gewand" (49) nichts. Unwichtig ist dabei, ob man Statuten unter dem Gesichtspunkt der Vertragstheorie oder mit Walter BURCKHARDT als eine mit der Staatsverfassung vergleichbare Zuständigkeitsordnung betrachtet, welche die Kompetenzen der Organe gegenüber den Mitgliedern der Gesellschaft ordnet (50). Entscheidend ist, dass Statuten einer privaten Gesellschaft nicht eine ähnlich starke Wirkung wie das Grundbuch entfalten. Der Dritte, der Nichtaktionär, wird durch sie nicht gebunden. Im weiteren - und diese Kritik KUMMER's führt die Theorie v. STEIGER's ad absurdum - taugt das Argument wenig, mit dem Beitritt zur Gesellschaft anerkenne der neue Aktionär mit den Statuten auch gleich das VKR jedes andern; denn mit der Anerkennung der Statuten verpflichtet er sich nur für einen späteren Vorkaufsfall, für den Fall nämlich, dass er dereinst die Aktie verkaufen will, und er verpflichtet sich keineswegs, schon jetzt, im Erwerbsfall, die Aktie einem andern Aktionär herauszugeben. Mit dem Kauf setzt der neue Aktionär nicht die Potestativbedingung, welche den Vorkaufsberechtigten die Ausübung ihres Rechts ermöglicht - er erzeugt keinen Vorkaufsfall -, sondern mit dem Kauf manifestiert sich im Gegenteil der Wille des Erwerbers, Aktionär und damit Träger der vermögenswerten

---

45) KUMMER, S. 113 Anm. 3.

46) GUHL, OR, 5. Aufl., S. 266; BRENNER, S. 152ff., insbes. 156; PFENNINGER Conrad, Vinkulierte Aktien und ihre Aktualität heute, SAG 37 (1965) 239/40. Eine Zusammenstellung der schweizerischen Lehrmeinungen bietet E. SALZGEBER-DUERIG, S. 163ff.

47) v. STEIGER Fritz, Das Vorkaufsrecht und Kaufsrecht an Aktien, SAG 16 (1943) 5.

48) KUMMER, S. 112ff.

49) KUMMER, S. 113 Anm. 3; vgl. auch GUHL/MERZ/KUMMER, S. 303.

50) BURCKHARDT, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 121.

und korporativen Rechte zu werden, welche die Aktienurkunde in sich schliesst.

In Uebereinstimmung mit E. SALZGEBER-DUERIG gelangt KUMMER zum Ergebnis, dass ein unter Aktionären vereinbartes VKR den Drittkäufer nur binden kann, wenn es zum Inhalt der Vinkulierung gemacht wird (51). Die Gesellschaft wird alsdann ihr Einverständnis zur rechtsgeschäftlichen Uebertragung der Aktie nur geben, falls sich kein vorkaufsberechtigter Gesellschafter zur Uebernahme der Aktie bereit erklärt. Das leuchtet ein, und unter dem Gesichtspunkt der vorliegenden Arbeit bleibt nur noch zu fragen, ob es wünschenswert wäre, die angestrebte Drittwirkung in bestimmten Fällen unmittelbar durch das Gesetz herbeizuführen, ob also u.U. de lege ferenda ein g VKR im Aktienrecht seine Berechtigung hätte. Im folgenden Abschnitt legen wir unsere persönliche Meinung dar.

3. Schutz einzelner Aktiengesellschaften durch ein g VKR?

Der kleineren Familienaktiengesellschaft wäre theoretisch mit einem g VKR zweifellos geholfen. Die Aktionäre wären etwelcher Sorgen enthoben durch das Bewusstsein, dass von Gesetzes wegen kein unbotmässiges Familienmitglied seine Aktien ohne Wissen und Einverständnis der andern unwiderruflich einem Aussenstehenden verkaufen kann; im Moment der Feststellung eines Handwechsels begänne die Frist zu laufen, binnen welcher jeder Gesellschafter sein VKR ausüben und die veräusserten Aktien auch vom Dritten herausverlangen könnte. Von der geschichtlichen Zwecksetzung her gesehen liesse sich solch ein g VKR auch verantworten: Schutz der kleinen Gemeinschaft vor dem unerwünschten Eindringen Fremder und Schutz eines Vermögenswertes vor Zersplitterung (52). Ebenso schiene theoretisch auf Anhieb ein g VKR bei öffentlichrechtlichen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen in der Form der privaten AG vertretbar. Durch ein g VKR des Gemeinwesens als Aktionär wäre die Gefahr, von ausländischem Kapital unterlaufen zu werden, fürs erste gebannt. Trotzdem lässt sich die Einführung g VKRe im Aktienrecht u.E. kaum postulieren, und zwar aus folgenden Erwägungen:

a) In jedem Fall hat der Festlegung einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung, wie das g VKR sie darstellt, eine Interessenabwägung vorauszugehen, und zwar nicht nur bei Beschränkungen durch öffentliches, sondern auch durch privates Recht. Die Frage nun, ob das Interesse am Zusammenhalt der Familienaktiengesellschaft dasjenige an der Verfügungsfreiheit des Aktionärs und das des Dritterwerbers am Kauf einer Aktie überwiegt, ist zu verneinen. Jede unnötige Eigentumsbeschränkung unmittelbar durch Gesetz ist abzulehnen, wenn das angestrebte Ziel sich auch zwanglos im Rahmen der Privatautonomie erreichen lässt: Entweder wird bei der Gründung der AG die entsprechende Vinkulierung der Namenaktien in den Statuten festgelegt oder aber die Generalversammlung beschliesst die Vinkulierung nachträglich.

---

51) KUMMER, a.a.O.; SALZGEBER-DUERIG, S. 292; vgl. auch MEIER-HAYOZ, ZBGR 45 (1964) 258.

52) Vgl. § 6, S. 68f.

b) Das öffentlichrechtliche Unternehmen verfolgt, auch wenn es in Form einer AG nach aussen in Erscheinung tritt, nicht primär einen Erwerbszweck, sondern die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, die auf die Dauer nur von der öffentlichen Hand selbst gewährleistet werden kann. Im Vordergrund steht meist ein Versorgungsinteresse der Bevölkerung. Da dem Erwerbszweck nur zweitrangige Bedeutung zukommt, ist die Nachfrage privater Käufer nach Aktien entsprechend gering, so dass sich eine gesetzliche Vorkaufsberechtigung aus praktischen Ueberlegungen als unnötig erweist, ganz abgesehen davon, dass einer der Gründe, ein öffentlichrechtliches Unternehmen als AG aufzuziehen, darin liegt, Kapital von privater Seite zu beschaffen. Ein g VKR würde diesem Zweck zuwiderlaufen.

c) Beim gemischtwirtschaftlichen Unternehmen finden wir eine ähnliche Interessenlage. Eine private Gesellschaft erfüllt neben ihrer auf Ertrag gerichteten Tätigkeit auch eine öffentliche Aufgabe; deshalb ist die öffentliche Hand am Betrieb interessiert und kapitalmässig mitbeteiligt. Eine über die statutarisch festgelegte Kapitalbeteiligung hinausgehende Einflussnahme des Gemeinwesens ist unerwünscht, ein g VKR also hinfällig.

d) Als letzten, und, wie uns scheint, zwingenden Einwand gegen den Schutz einer AG durch ein g VKR lässt sich vorbringen, dass auch ein g VKR die Vinkulierung von Namenaktien nicht ersetzt. Mit einem g VKR allein würde zwar, wie gesagt, die Gemeinschaft der ursprünglichen Aktionäre vor dem Eindringen unliebsamer Fremder geschützt, aber das auch nur, solange ein Aktionär sein VKR ausübte. Will das keiner oder ist aus finanziellen Gründen niemand dazu imstande, kann ein beliebiger Dritter die Aktie erwerben. Nach Ablauf der Ausübungsfrist ist er unbehelligter Eigentümer und Mitgesellschafter. Soll auch letzteres vermieden werden, will sich nämlich die AG zur Person ihrer Aktionäre noch äussern können, müssen die Aktien doch noch vinkuliert werden. Umgekehrt trifft man mit einer Vinkulierung, die auch ein VKR enthält, zwei Fliegen auf einen Schlag: Sowohl die Drittwirkung des vereinbarten VKRs als auch die Kontrolle der Gesellschafter sind gewährleistet. Ein g VKR erübrigt sich demnach.

§ 14 DAS BAEUERLICHE VKR

Ziel der schweizerischen Agrargesetzgebung ist es, Gesundheit und Leistungsfähigkeit des Bauernstandes zu fördern - diese wohltönende Formulierung bedürfte allerdings der Konkretisierung -, ihm eigenen Grundbesitz zu erhalten und stabile Eigentumsverhältnisse zu schaffen (1). Dass zu diesem Zweck der Handel mit landwirtschaftlichen Grundstücken einer besonderen Ordnung zu unterstellen ist, die von den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts u.U. mehr oder weniger abweicht, wird heute kaum mehr angezweifelt (2). Da aber der knappe Kulturboden nicht nur den Bedürfnissen des Bauernstandes, sondern denen der ganzen Bevölkerung zu dienen hat, sollte das landwirtschaftliche Bodenrecht trotzdem kein Eigenleben führen, sondern sich dem gesamten Bodenrecht harmonisch einfügen (3). Ueber die Arten staatlicher Intervention, insbesondere über das Mass der Eingriffe in Eigentum und Vertragsfreiheit gehen nun aber die Meinungen auseinander, und im Bereich dieses Problemkreises werden wir uns die Frage zu stellen haben, inwieweit sich das Institut des VKRs als Mittel zum Erreichen agrarpolitischer Ziele überhaupt eignet (4).

1. Das g VKR im Entwurf (E) zum BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (EGG)

Am 30. Dezember 1947 legte der Bundesrat den eidgenössischen Räten den Entwurf zu einem BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vor. Die kriegswirtschaftlichen Vorschriften des BRB über die Massnahmen gegen die Bodenspekulation und die Ueberschuldung sowie zum Schutze der Pächter vom 19. Januar 1940 sollten abgebaut und durch eine freiheitlichere Ausgestaltung des Bodenrechts ersetzt werden (5).

Ein in den Art. 7 bis 15 des Entwurfes geregeltes Zugrecht an landwirtschaftlichen Grundstücken sollte die Bindung zwischen Familie und Heimwesen festigen und so die in der Bundesverfassung verankerten Bestrebungen des Familienschutzes unterstützen (6). Der Kreis der zum Zuge berechtigten Personen deckte sich nicht mit dem im später angenommenen Gesetz: An erster Stelle standen die nächsten Verwandten des Verkäufers, die Nachkommen, die Geschwister und ihre Nachkommen, der Ehegatte und die Eltern (Art. 8 Abs. 1 E). Die Ausdehnung auf alle gesetzlichen Erben wurde ausdrücklich abgelehnt, da sie dem Ziel, den Hof der Familie zu erhal-

---

1) BBl 1948 I S. 37; JOST, Zbl 69 (1968) 439; Art. 1 EGG.
2) MEIER-HAYOZ, ZBJV 92 (1956) 329; LIVER, ZSR 68 (1949) 75.
3) KAUFMANN, WR 15 (1963) 3; FRIEDRICH, BlAR 1971, S. 16.
4) MEIER-HAYOZ, a.a.O.
5) Zur Entstehungsgeschichte des Entwurfs vgl. SCHERRER Werner, Zum Problem der Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes, SJZ 44 (1948) 168ff.; LIVER, Zbl 71 (1970) 161; JENNY, SJZ 49 (1953) 37.
6) BBl 1948 I 50.

ten, nicht dienlich sein konnte (7). Dagegen statuierte Art. 8 Abs. 2 E auch ein Zugrecht von Personen, die mit dem Verkäufer nicht blutsverwandt waren, aber "zu ihm oder zur verkauften Liegenschaft in einer besonderen, den Vorrang nahelegenden Beziehung standen" (8). Der Entwurf nannte als Beispiele den Adoptivsohn, den Pflegesohn und das Patenkind, und trug damit dem Familienschutzgedanken in einem weiteren Sinne Rechnung. Dem Züger, der sich auf diese Bestimmung berief, sollte indessen kein vorbehaltloser gesetzlicher Anspruch zustehen. Machte ihm jemand das Recht streitig, hätte der Richter nach freiem Ermessen, unter Würdigung der Umstände, zu entscheiden gehabt.

Art. 9 des Entwurfes begründete auch ein Zugrecht des langjährigen Pächters für den Fall, dass keine der vorberechtigten Personen ihren Anspruch geltend machten, und Art. 10 gab nach den erwähnten Zügern jedem zur Selbstbewirtschaftung bereiten Käufer den Vorrang, sofern ein anderer Erwerber als Eigentümer von landwirtschaftlichen Liegenschaften seiner Familie bereits eine Existenz bieten konnte. Damit wollte der Entwurf die Erhaltung selbständiger bäuerlicher Existenzen auf breiter Basis fördern (9). Dieser Gesichtspunkt ist hervorzuheben; auch die übrigen Zugberechtigten, die Verwandten eingeschlossen, sollten nach dem Entwurf ihren Anspruch nur durchsetzen können, sofern sie die Liegenschaft selbst bewirtschaften wollten und dazu als geeignet erschienen. Der staats- und agrarpolitische Gedanke des Bodenrechts erhielt dadurch vermehrtes Gewicht gegenüber dem familienpolitischen; er rückte in den Vordergrund. Das wäre zwar wünschenswert gewesen; doch wurde alsbald Kritik laut. SCHUERMANN wies auf den Widerspruch zum bäuerlichen Erbrecht hin, wonach jeder Erbe die ungeteilte Zuweisung des hinterlassenen Heimwesens beanspruchen kann und der Selbstbewirtschafter erst bei Konkurrenz mehrerer Anwärter den Vorzug erhält (10). Diese rechtlich begründeten Erwägungen hätten bereits Anlass zur Frage nach der Tauglichkeit des g VKRs als Mittel zur Verwirklichung verschiedener, sich gegenseitig teilweise zuwiderlaufender Zwecke sein können; es war aber erst LIVER, der ein Jahr später diese Frage präzis stellte und das Problem umfassend beleuchtete (11).

2. Das g VKR im EGG

Der Gesetzesentwurf von 1947 erfuhr im Laufe der parlamentarischen Beratungen eine weitgehende Umgestaltung. Ohne Bedeutung dürfte dabei die zwecks Angleichung an die Terminologie des ZGB vorgenommene Umbenennung des Zugrechts in VKR in der Ueberschrift und in den Marginalien gewesen sein, da im Text des Entwurfes

---

7) BBl 1948 I 52.
8) Art. 8 Abs. 2 E; siehe auch JOST, Zbl 69 (1968) 440.
9) BBl 1948 I 52.
10) SCHUERMANN Leo, Eine Bemerkung zum bundesrätlichen Entwurf eines BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, SJZ 44 (1948) 80.
11) LIVER, ZSR 68 (1949) 31ff.

auch schon ausnahmslos von VKR gesprochen wurde und das Rechtsinstitut seinen materiellen Inhalt ja durch die einzelnen Vorschriften empfängt (12).

Geregelt ist das VKR im EGG vom 12. Juni 1951 in den Artikeln 6 bis 17. Objekt des VKRs ist nicht mehr das "Heimwesen", sondern das landwirtschaftliche "Gewerbe" oder wesentliche Teile desselben, was auf eine Verengung des Anwendungsbereiches hinweist (13). Der Kreis der Subjekte des VKRs wurde dem Entwurf gegenüber eingeschränkt: Die Geschwister des Verkäufers und ihre Nachkommen haben keinen bundesrechtlichen Vorkaufsanspruch mehr, ebensowenig der Pächter. Indessen sind die Kantone gemäss Art. 6 Abs. 2 EGG befugt, das g VKR für landwirtschaftliche Gewerbe, die der Verkäufer von seinen Eltern oder aus ihrem Nachlass erworben hat, auf die Geschwister des Verkäufers und anstelle vorverstorbener Geschwister auf deren Nachkommen auszudehnen (14); auch zugunsten der Pächter können die Kantone das VKR wieder einführen (Art. 7 EGG). Gestrichen wurde das in Art. 8 Abs. 2 des Entwurfes vorgesehene VKR von Personen, die zum Verkäufer oder zur Liegenschaft in einem engen Verhältnis stehen (15), dagegen nahm man mit Art. 8 EGG die Bestimmung auf, welche den Kantonen unter bestimmten Voraussetzungen eine Ausdehnung des VKRs auf Dienstpflichtige ermöglicht. Art. 15 EGG ermächtigt die Kantone sogar zur Einräumung eines VKRs für Grundstücke bis zu 20 Aren zugunsten der Nachbarn (16).

Abgesehen von der Neuumschreibung des Kreises vorkaufsberechtigter Personen fällt im Vergleich des am 12. Juni 1951 in Kraft getretenen EGG zum Entwurf des Bundesrates auf, dass das Erfordernis der Selbstbewirtschaftung durch die Verwandten in gerader Linie, Ehegatte und eventuell Geschwister des Verkäufers fallen gelassen worden ist, obwohl gerade es geeignetes Mittel zum Erreichen des agrarpolitischen Zweckes, zur Erhaltung möglichst vieler selbständiger bäuerlicher Betriebe gewesen wäre (17). "Der Gesetzgeber wollte mit dieser Ordnung die Schollenverbundenheit der nicht mehr in der Landwirtschaft tätigen Familienmitglieder fördern, aber er opferte damit gerade Eigentumsübergänge, die der Verbesserung der Agrarstruktur dienten" (18). Nur vom Pächter und Dienstpflichtigen verlangt das EGG noch Selbstbewirtschaftung; für die Blutsverwandten in gerader Linie ist die Selbstbewirtschaftung nur in Bezug auf die Festsetzung des Uebernahmepreises von Bedeutung (Schätzungswert nach LEG) (19).

---

12) JENNY, SJZ 49 (1953) 40.
13) JENNY, S. 18; JOST, Zbl 69 (1968) 441; vgl. auch GOESCHKE R., Das Vorkaufsrecht, ZBJV 88 (1952) 145f.
14) Bezüglich der Kantone, die davon Gebrauch gemacht haben, vergleiche Schweiz. Privatrecht I, hgg. von M. GUTZWILLER, H. HINDERLING, A. MEIER-HAYOZ, H. MERZ, R. SECRETAN, W. von STEIGER, Basel und Stuttgart 1969, S. 329.
15) Gestrichen wurde auch der oben erwähnte Art. 10 des Entwurfs.
16) Zum Kreis der berechtigten Personen vgl. auch LIVER, ZSR 68 (1949) 35.
17) JOST, Zbl 69 (1968) 441.
18) KAUFMANN, WR 15 (1963) 11.
19) JOST, Zbl 69 (1968) 442.

Auf weitere technische Einzelheiten des bäuerlichen VKRs treten wir nicht ein, obwohl das EGG noch geltendes Recht ist und dem darin statuierten VKR somit in einer Darstellung der g VKRe des schweizerischen Rechts sein Platz zukommt (20). Ueber das EGG und das g VKR im besonderen ist schon viel geschrieben worden; wir können auf zahlreiche Publikationen verweisen (21). Heute, gut zwanzig Jahre nach Erlass des Gesetzes, ist die Bilanz klar: Das EGG hat sich in keiner Weise bewährt! Die ausführliche Regelung des bäuerlichen VKRs in zwölf Artikeln hat die Gesetzesanwendung nicht erleichtert; die mangelhafte Redaktion des Textes hat im Gegenteil vermehrte Lücken geschaffen, welche dem Richter die Gesetzesanwendung erschweren (22). Der Gesetzgeber musste denn auch massivste Vorwürfe entgegennehmen: "Die zunehmenden Schwierigkeiten in der Bewältigung des realen und des ethischen Elementes der Rechtsschöpfung entschuldigen manches, nur gerade d a s nicht, was im Bodenrechtsgesetz besonders deutlich wird: Den Mangel an Gesetzestechnik, das Fehlen der notwendigen Klarheit, Lückenlosigkeit, Widerspruchslosigkeit und innere Geschlossenheit" (23). LIVER spricht lakonisch von einer "aussergewöhnlich schlechten gesetzgeberischen Leistung" (24), und KAUFMANN wertet die Tatsache, dass bereits im Jahr 1963, nur zehn Jahre nach Inkrafttreten des EGG, wieder eine Expertenkommission mit der Totalrevision beauftragt worden ist, als "ein schlechtes, um nicht zu sagen vernichtendes Urteil über den Gesetzgeber" (25).

3. Die Eignung des bäuerlichen VKRs zur Verwirklichung agrarpolitischer Zwecke

In Art. 1 umschreibt das EGG seinen Zweck selbst: "Die Vorschriften dieses Gesetzes zielen darauf ab, den bäuerlichen Grundbesitz als Träger eines gesunden und leistungsfähigen Bauernstandes zu schützen, die Bodennutzung zu fördern, die Bindung zwischen Familie und Heimwesen zu festigen und die Schaffung und Erhaltung landwirtschaftlicher Betriebe zu begünstigen". Die Frage, ob das EGG in seiner jetzigen Form diesen umfassenden Zweck erreichen könne, ist im erwähnten Schrifttum verneint oder zumindest in Zweifel gezogen worden. Schon im Jahre 1949 hat LIVER in einer eingehenden Besprechung die Mängel des Entwurfes zum EGG aufge-

---

20) Zum Verfahren der Ausübung des bäuerlichen VKRs vgl. die diesbezüglichen Abschnitte in Kapitel 5.

21) JENNY F., Das EGG, SJZ 49 (1953) 37ff., 53ff.; JENNY F.E., Das bäuerliche VKR nach dem EGG, Diss. iur. Freiburg 1955; MEIER-HAYOZ, Das Vorkaufsrecht, ZBJV 92 (1956) 297ff.; JOST, Handkommentar zum EGG, Bern 1953; LIVER, Fragen des neuen landwirtschaftlichen Bodenrechts, ZSR 68 (1949) 31ff.; derselbe, Die Revision des bäuerlichen Privatrechts, Zbl 71 (1970) 161ff. - Weitere Literaturhinweise bei MEIER-HAYOZ, N. 18 zu Art. 682 ZGB.

22) MEIER-HAYOZ, ZBJV 92 (1956) 316ff., insbes. 316.

23) MEIER-HAYOZ, ZBJV 92 (1956) 331.

24) LIVER, Zbl 71 (1970) 162.

25) KAUFMANN, WR 15 (1963) 1.

deckt; seiner Kritik ist jedoch nicht mehr Rechnung getragen worden, da im Zeitpunkt ihres Erscheinens die Vorlage im Nationalrat bereits durchberaten war (26). Für uns ist es unerlässlich, die Ergebnisse LIVER's beizuziehen; denn sie bilden die Grundlage für die in den Revisionsarbeiten zu beachtenden Gesichtspunkte.

Das Hauptziel des EGG ist agrarpolitischer Natur: Der landwirtschaftlich genutzte Boden soll einer möglichst grossen Zahl von Landwirten erhalten bleiben, die ihn als Eigentümer mit ihren Familien bewirtschaften. Notwendiger Nebenzweck ist die Dämpfung der Nachfrage nach landwirtschaftlichen Liegenschaften, damit die Bodenpreise stabil bleiben und den bäuerlichen Bewerbern die Uebernahme nicht übermässig erschwert oder nur zu einem Preis ermöglicht wird, der eine Ueberschuldung nach sich zieht. Vorkehren zum Erreichen dieser Zwecke können nun wirtschaftspolitischer oder privatrechtlicher Art sein. Wir geben den wirtschaftspolitischen den Vorzug, da sie Massnahmecharakter haben und sich leichter wieder beseitigen lassen (27). Das Privatrecht sollte nur soweit unbedingt nötig tangiert werden.

Es war nun aber weitgehend die Abneigung gegen behördliche Kontrolle und staatlichen Dirigismus, die bewirkte, dass das g VKR als privatrechtliche Eigentumsbeschränkung zur Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes so positiv beurteilt wurde (28); im übrigen hört es sich stets gut an, wenn man auf ein im Bewusstsein des Volkes verwurzeltes Rechtsgebilde zurückgreifen kann (29). Angestammte Funktion des g VKRs als privatrechtliches Institut ist es jedoch, wie wir gesehen haben, einen unerwünschten Käufer fernzuhalten und eine kleine Gruppe von Personen zu privilegieren, indem sie die veräusserte Liegenschaft an sich ziehen können. Das agrarpolitische Ziel des EGG fordert jedoch primär eine Bevorzugung des Selbstbewirtschafters. Da man nun nicht sämtlichen zur Selbstbewirtschaftung bereiten Interessenten das gleiche Vorrecht gegenüber jedem andern Käufer einräumen kann - der Verkäufer müsste auswählen oder aber der Richter hätte eine Auswahl unter den Bewerbern zu treffen, was in der Tat nicht richterliche Aufgabe ist (30) -, muss durch Gesetz eine Rangfolge unter den Vorkaufsberechtigten festgelegt werden. Dass dabei vor allem die in einem nähern, insbesondere familienrechtlichen Verhältnis zum Verkäufer stehenden Personen bevorzugt wurden (Nachkommen, Ehegatte, Eltern), liegt nahe; dass dadurch jedoch der erst sekundäre Zweck des EGG, der Familienschutz, notwendigerweise stark in den Vordergrund rückt, lässt sich nicht verhindern. Die Bindung des Heimwesens an die Familie wird noch vermehrt durch die Tatsache hervorgehoben, dass das VKR der Verwandten und des Ehegatten unabhängig von ihrem Willen zur Selbstbewirtschaftung besteht. So kann einem tüchtigen Pächter der Hof, den er nach vielleicht jahrelanger Bewirtschaftung hat kaufen können, von Frau, Sohn oder eventuell Bruder des Verkäufers durch Ausübung des VKRs

---

26) LIVER, ZSR 68 (1949) 31ff. und Zbl 71 (1970) 162.
27) Vgl. auch LIVER, ZSR 68 (1949) 36ff.
28) Trotz der starken öffentlichrechtlichen Komponente ist das bäuerliche VKR dem Privatrecht zuzuordnen (JENNY, SJZ 49 (1953) 40). - Zum Genehmigungs- und Einspracheverfahren siehe LIVER, a.a.O., S. 63ff.
29) Botschaft, BBl 1948 I 50.
30) LIVER, a.a.O., S. 68.

wieder entzogen werden, obwohl keine der genannten Personen zur Selbstbewirtschaftung bereit ist, sondern u.U. Spekulationsgewinne im Auge hat (31). Der agrarpolitische Zweck muss somit, je nach Gegebenheit, dem Familienschutzgedanken weichen. Das hat in den parlamentarischen Beratungen Nationalrat ROHR deutlich erkannt und gerügt; er hat jedoch nur erreicht, dass das VKR der Geschwister und ihrer Nachkommen in die Kompetenz der Kantone gestellt wurde (32).

LIVER ist in seiner Kritik zum Entwurf des EGG zum Ergebnis gelangt, dass

- "eine Institution, welche den Zwecken des Bodenrechts nur dient, indem sie sich zugleich im Sinne des Familienschutzes auswirkt, und zwar so, dass ein Zweck den andern beschränkt, nur dann eingeführt werden darf, wenn sie sowohl durch den einen als den andern Zweckgedanken gerechtfertigt ist";
- es leider nicht so ist, dass der agrarpolitische Zweck umso besser erfüllt wird, je reiner sich der Familienschutzgedanke durchsetzt und umgekehrt, sondern vielmehr eine teilweise Heteronomie dieser Zwecke besteht (33);
- dass das g VKR deshalb als Einrichtung des landwirtschaftlichen Bodenrechts nicht annehmbar ist, da es dessen Zwecke nur unvollkommen erfüllt, ja in manchen Fällen geradezu vereitelt (34);
- dass die Wirksamkeit des g VKRs nicht überschätzt werden darf, wenn der Kauf in Spekulationsabsicht oder zur Kapitalanlage zu einem übermässigen Preis abgeschlossen wurde, da einerseits Geschwister oder ihre Nachkommen, Pächter oder Dienstboten ihr VKR dann nur selten ausüben können, Nachkommen, Eltern und Ehegatte des Veräusserers andererseits mit einem so guten Verkauf meist einverstanden sind (35);
- eine befriedigende Ordnung des g VKRs aus diesen Gründen grosse Schwierigkeiten bietet und schwerwiegende agrar- und rechtspolitische Nachteile zur Folge hat (36).

Diese Feststellungen LIVER's haben auch heute noch unveränderte Gültigkeit. Wie sehr Kritik und Mahnung berechtigt waren, zeigte alsbald die Praxis. Schon im Jahre 1956 hatte das Bundesgericht zu entscheiden, dass das bäuerliche VKR beim Verkauf an einen berechtigten Verwandten vom gleichen Rang nicht ausgeübt werden kann, obwohl der Käufer zur Selbstbewirtschaftung weder gewillt noch fähig, der Ansprecher aber dazu bereit und geeignet gewesen wäre (37).

---

31) LIVER, Zbl 71 (1970) 169.
32) Sten Bull NR 1948, S. 702; siehe auch LIVER, a.a.O., S. 69 Anm. 44.
33) LIVER, ZSR 68 (1949) 69.
34) LIVER, a.a.O., S. 70.
35) LIVER, a.a.O., S. 74.
36) LIVER, a.a.O., S. 75.
37) BGE 82 II 468 = Pr 45 Nr. 159, von LIVER besprochen in ZBJV 94 (1958) 60ff.

4. Das bäuerliche VKR im Revisionsverfahren

4.1 Der VE V 1963, der VE 1969 und der E 1970

Nach den schlechten Erfahrungen mit dem EGG stiess das Begehren interessierter Kreise nach wirksameren Massnahmen zur Verbesserung der schweizerischen Agrarstruktur beim EJPD nicht auf taube Ohren. Das Departement beauftragte eine Expertenkommission mit der Ausarbeitung eines Vorentwurfes zur Revision des EGG; der als VE V 1963 bezeichnete Entwurf lag im März des Jahres vor (38). Da man des sich gegen den Entwurf formierenden Widerstands wegen (39) doch nicht die ganze Revision auf die lange Bank schieben wollte - der schweizerische Pächterverband verlangte nachdrücklich nach einem stärkeren Pächterschutz -, wurden die privatrechtlichen Bestimmungen in einer "kleinen Revision des landwirtschaftlichen Bodenrechts" für sich allein überarbeitet und als neuer VE einer fünfköpfigen Expertenkommission, die wir im folgenden als "kleine Expertenkommission" bezeichnen werden, zur Beratung vorgelegt (40). 1969 schloss die Kommission ihre Arbeit ab, und im Frühjahr 1970 gelangte der Bundesrat mit der Botschaft zum Entwurf eines BG über die Aenderungen des bäuerlichen Zivilrechts, datiert vom 29. April 1970, an die Bundesversammlung. Wir nennen diesen Entwurf "E 1970".

Im Folgenden werden wir den mehrmals revidierten Text auch wieder nur hinsichtlich der das g VKR betreffenden Aenderungen betrachten (41). Gesetzestechnisch ist zu bemerken, dass nach dem VE V 1963 das VKR der Verwandten und Geschwister nicht mehr im revidierten Bodenrecht, sondern im ZGB unter den sachenrechtlichen Bestimmungen zum VKR (Art. 682bis - 682quinquies) untergebracht werden sollte (42). Im E 1970 erscheint aber doch das VKR als ganzes wieder in der Abänderung des EGG.

---

38) LIVER, Zbl 71 (1970) 162; JOST, Zbl 69 (1968) 442. Besprochen wurden die sich damals noch im Gang befindlichen Revisionsarbeiten von KAUFMANN, Vor der Revision des schweiz. Bodenrechts, WR 15 (1963) 1ff., JOST, Die bäuerlichen VKRe in den Revisionsbestrebungen, BlAR 1968, S. 15ff. und STEIGER Franz, Die Aenderung im bäuerlichen Erbrecht des ZGB im VE V der Expertenkommission des EJPD vom März 1963 über die Revision des Bodenrechts, BlAR 1968, S. 5ff.

39) Der bedeutsamsten Neuerung des Entwurfs, der geplanten Zonenordnung, erwuchs von Anfang an Opposition, da sie der nötigen verfassungsmässigen Grundlagen entbehrte (Gutachten von Prof. H. HUBER vom 21. Nov. 1964 zum VE), und auch die vorgesehene Wiedereinführung eines Genehmigungsverfahrens anstelle des Einspruchsverfahrens des EGG stiess bei den Kantonen und den befragten Wirtschaftsverbänden nicht auf Gegenliebe. Vgl. BBl 1970 I 805f.

40) Die Expertenkommission setzte sich zusammen aus den Herren Dr. G. Eggen, Chef des eidg. Grundbuchamtes (Vorsitzender), Prof. Dr. P. Liver, Dr. W. Neukomm, Vizedirektor des schweiz. Bauernverbandes, Fürspr. Paul Keller, Anwalt des schweiz. Pächterverbandes und Dr. H. Huber, Notariatsinspektor in Zürich. Vgl. LIVER, Zbl 71 (1970) 163 Anm. 8.

41) Zum bäuerlichen Erbrecht und zum Lidlohnanspruch siehe LIVER, a.a.O., S. 164ff.

42) JOST, Zbl 69 (1968) 443.

Im E 1970 ist Objekt des bäuerlichen VKRs nach wie vor das landwirtschaftliche Gewerbe oder wesentliche Teile davon (Art. 6 Abs. 1 E 1970). Schwierigkeiten hat der grundbuchlichen Praxis bisher die Abgrenzung der "wesentlichen Teile" bereitet, da das EGG dafür keine Kriterien aufstellt. Die Grundbuchbehörden mussten selbst Kriterien suchen, und sie bestimmten diejenigen Teile als wesentlich, bei deren Wegfall der verbleibende landwirtschaftliche Betrieb seine wirtschaftliche Existenzfähigkeit und Selbständigkeit verliert (43). KAUFMANN ist der Ansicht, dass sich das bäuerliche VKR wie das bäuerliche Erbrecht auf Heimwesen und wesentliche Teile davon beschränken sollte, die dem Eigentümer eine ausreichende Existenz gemäss der bundesrechtlichen Rechtssprechung sichern. Den Eigentümern von Kleinstbetrieben sollten Veräusserungs- und Testierfähigkeit nicht eingeengt werden. Er kritisiert in diesem Sinne BGE 81 I 106, in welchem das Bundesgericht den Einspruch der bernischen Landwirtschaftsdirektion schützte, als ein Heimwesen von 1 ha Fläche im Berner Oberland für Fr. 26'000.- als Bauland an einen Architekten zum Erstellen eines Ferienhauses verkauft wurde (44). JOST äusserte Bedenken gegen die Auffassung KAUFMANN's, konkretisierte sie allerdings nicht (45). Auch das Bundesgericht ist anderer Ansicht und hält an seiner Praxis fest, wonach das bäuerliche VKR auch Kleinbetriebe erfasst (46).

In Bezug auf die Subjekte des VKRs, den Kreis der vorkaufsberechtigten Personen, wollte die Expertenkommission mit dem VE V 1963 den durch das EGG geschaffenen Missständen energisch entgegentreten, indem sie sämtlichen Verwandten des Verkäufers das VKR nur zur Selbstbewirtschaftung einräumte, den Geschwistern zwar durch Bundesrecht, aber, wie schon bisher, auch nur, wenn der Verkäufer das Gewerbe zum überwiegenden Teil von seinen Eltern oder aus ihrem Nachlass erworben hatte (Art. 682^{bis} Abs. 1 und 2) (47). Das oft missbräuchlich verwendete VKR des Ehegatten (48) sollte fallen gelassen werden, ebenso das seinerzeit in den parlamentarischen Beratungen heftig umstrittene und anschliessend in die Kompetenz der Kantone gestellte VKR von Pächter, Dienstpflichtigen und Nachbarn (Art. 7, 8 und 15 EGG); im Laufe des Revisionsverfahrens hat man aber wieder davon abgesehen und im E 1970 die betreffenden Artikel des EGG stehen lassen (49).

---

43) JOST, Handkommentar, S. 28; JENNY, S. 50.
44) KAUFMANN, WR 15 (1963) 8.
45) JOST, Zbl 69 (1968) 444.
46) 97 II 282 E. 4 = Pr 61 Nr. 6.
47) LIVER, Zbl 71 (1970) 169; JOST, a.a.O., S. 442; KAUFMANN, a.a.O., S. 12. - Dafür sollten die Verwandten ihr VKR alle zum Schätzungswert nach LEG (Ertragswert plus allfälliger Zuschlag bis zu 25%) ausüben dürfen.
48) LIVER, ZSR 68 (1949) 56; JENNY, S. 63.
49) BBl 1970 I 818f. Ein Entwurf, der seinerzeit von einer Arbeitsgruppe der Spitzenverbände dem VE V 1963 entgegengestellt wurde, sah zusätzlich ein g VKR zugunsten von Personen vor, die in der Gemeinde wohnen und zur Selbstbewirtschaftung des Gutes bereit wären. Der Wortlaut des Gegenentwurfs ist wiedergegeben bei MEIER-HAYOZ, ZBGR 45 (1964) 260 Anm. 9; siehe auch FRIEDRICH, BlAR 1971, S. 25.

Die im VE V 1963 vorgesehenen Aenderungen würden "der zweckwidrigen und missbräuchlichen Ausübung des VKRs so wirksam begegnen, wie dies überhaupt möglich ist" (50). Der Kreis der Vorkaufsberechtigten würde eindeutig bestimmt, der Uebernahmepreis mit dem Schätzungswert unabhängig von Spekulationsangeboten in vernünftigen Grenzen gehalten. Trotz allen Vorzügen übernahm die "kleine Expertenkommission" diese Regelung nicht tel quel (51), sondern brachte im VE 1969 erneut folgende Aenderungen an, die alsdann in den E 1970 übergingen:

a) Den Geschwistern wurde der geplante bundesrechtliche Anspruch nicht gewährt.

b) Das VKR des Ehegatten ist beibehalten worden, und zwar in der Reihenfolge des EGG, direkt hinter den Nachkommen (Art. 6 Abs. 1 E) (52), obwohl sich die "kleine Expertenkommission" der Möglichkeit und der Tatsache des Missbrauchs sehr wohl bewusst war. Zwei Bundesgerichtsentscheide mögen als Anschauungsmaterial für die missbräuchliche Verwendung des VKRs der Ehefrau dienen (53). Im ersten Fall liess sich die geschäftstüchtige Gattin ihr VKR vom Ehemann für Fr. 40'000.- abkaufen, so dass ihm nur noch ein Gewinn von Fr. 20'000.- blieb. Das Bundesgericht nahm daran keinen Anstoss mit der Begründung, das VKR könne seinen Zweck auch erfüllen, indem es "die Verkaufslust des Vorkaufsverpflichteten zurückdämme ... Mancher wird lieber auf einen Gewinn verzichten, als ihn mit anderen teilen" (BGE 82 II 75). LIVER's Kommentar zu dieser Auffassung: "Dieses Argument ist genau so sinnwidrig, wie die Ausbeutung des VKRs in diesem Fall zweckwidrig war" (54). Im zweiten Fall reute der Verkauf der Liegenschaft den Ehemann - vielleicht bot ihm ein anderer Käufer einen höheren Preis -, und er schickte seine Frau vor, damit sie ihr VKR ausübe. Nur die erste Instanz hat die Klage wegen offenbaren Missbrauchs abgewiesen; das Obergericht hiess sie gut, während das Bundesgericht nach anderen Abweisungsgründen suchte, um die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Warum, so wird man sich fragen, hat sich die "kleine Expertenkommission" dann doch wieder für das VKR des Ehegatten, wie es in Art. 6 Abs. 1 des E 1970 vorliegt, ausgesprochen? Lassen wir die Frage von kompetenter Seite, von einem Mitglied der "kleinen Expertenkommission", beantworten: "Unsere Kommission kam schliesslich dennoch zum Ergebnis, die Ehefrau unter den vorkaufsberechtigten Personen zu belassen, weil den Missbrauchstatbeständen doch Fälle gegenüberzustellen seien", - der Konjunktiv lässt auf eine abweichende Meinung des Sprechenden schliessen -

---

50) LIVER, Zbl 71 (1970) 169.

51) Zu den neuen Verfahrensvorschriften in Art. 13 und 13bis E 1970 vgl. LIVER, Zbl 71 (1970) 172 und unten, § 18, S. 164; auch auf das VKR der Meliorationsgenossenschaften in Art. 17 E 1970 treten wir nicht näher ein, sondern verweisen auf LIVER, a.a.O.; JOST, Zbl 69 (1968) 444 und KAUFMANN, WR 15 (1963) 4.

52) BBl 1970 I 853.

53) BGE 82 II 72ff. = Pr 45 Nr. 44, besprochen von LIVER in ZBJV 94 (1958) 59 und 85 II 418ff. = Pr 49 Nr. 54, besprochen von LIVER in ZBJV 96 (1960) 454.

54) LIVER, Zbl 71 (1970) 170.

"in denen das VKR der Ehefrau den nötigen Schutz für sich und die Familie gegen dumme oder leichtsinnige Verkäufe des Mannes gewähre" (55).

U.E. ist diesem Ergebnis beizupflichten; denn ungeachtet der Gerichtspraxis, die bisher nur negative Beispiele zeigte, ist nicht einzusehen, warum ausgerechnet die Ehefrau vom bäuerlichen VKR ausgeschlossen sein sollte. Ebensogut könnte ein reuiger Verkäufer einen Verwandten zu missbräuchlicher Ausübung bewegen und auf Umwegen wieder in den Besitz seines Hofes gelangen. Auch ist nicht zu vergessen, dass sich die Ehegatten, sogar wenn sie sich nicht sehr gut miteinander verstehen, doch jeder für sich und unabhängig von andern im allgemeinen weit stärker an das Heimwesen gebunden fühlen, auf dem sie Jahre des Lebens und der Arbeit verbracht haben, als entferntere Verwandte, die zu diesem Stück Boden eventuell gar nicht in näherer Beziehung stehen. Für solche und ähnliche Fälle darf das dem Ehegatten eingeräumte VKR tatsächlich als "segensreiche Institution" bezeichnet werden (56).

c) Eine weitere Aenderung des VE V 1963 im E 1970 besteht in der Unterscheidung zwischen der Veräusserung an einen Erwerber zur Selbstbewirtschaftung und der Veräusserung an einen Erwerber, der die Liegenschaft nicht zu landwirtschaftlichen, sondern zu anderen Zwecken, z.B. als Bauland oder als Kapitalanlage, kauft (Art. 6 Abs. 1 E 1970).

Im ersten Fall können die Verwandten ihr VKR ausüben, wenn sie "das Gut ebenfalls zur Selbstbewirtschaftung beanspruchen oder hiefür geeignet erscheinen"; im zweiten Fall wird das nicht von ihnen verlangt, da der Boden ja ohnehin seiner landwirtschaftlichen Zweckbestimmung entzogen wird. Soweit also das agrarpolitische Ziel nicht beeinträchtigt wird, findet der Familienschutz Beachtung, was insbesondere richtig ist, wenn es sich um ererbten Boden handelt. Dass das VKR dann nicht zu dem dem Selbstbewirtschafter zugestandenen Schätzungs- bzw. Ertragswert ausgeübt werden kann, versteht sich von selbst (57).

Die mit dieser Bestimmung getroffene differenzierte Lösung wird der Sache gerechter als die im VE V 1963 vorgeschlagene radikale Vorschrift, die allen Verwandten die Uebernahme ausnahmslos nur zur Selbstbewirtschaftung gestatten wollte. Die konkreten Umstände des Einzelfalles würden, soweit sich das abschätzen lässt, bereits im voraus optimal berücksichtigt.

In der Botschaft des Bundesrates zum E 1970 wird ausgeführt, dass man sich schon damals mit dem Gedanken getragen hat, das VKR im neuen Bodenrecht überhaupt fallen zu lassen. Eine im Kanton Solothurn erhobene Statistik hat gezeigt, wie übermässig der administrative Aufwand im Verhältnis zur Häufigkeit der Ausübung des bäuerlichen VKRs war: In rund 570 Vorkaufsfällen in den Jahren 1953 bis 1956 wurde das

---

55) LIVER, a.a.O.

56) BBl 1970 I 818.

57) Zu den Bestimmungen über den Erwerbspreis - Uebernahme durch den Selbstbewirtschafter zum Ertragswert, nicht mehr zum Schätzungswert (Art. 12 Abs. 1 E 1970) - vergleiche LIVER, a.a.O., und unten, S. 120.

VKR 17mal ausgeübt. Als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen wurde indessen ein einziger Vorkaufsberechtigter. Dafür hatten die Amtsschreibereien an die 3000 Anzeigen verschicken müssen (58).

Abgesehen davon, dass organisatorische Fragen nicht von der Durchsetzung sachgerechter Lösungen abhalten sollten, ist das Rechtsinstitut des g VKRs im E 1970 aus Erwägungen rechtspolitischer Art beibehalten worden, hauptsächlich seiner indirekten Wirkung wegen, wie die Botschaft erläutert. Der Eigentümer werde von anfechtbaren Verkäufen seines Heimwesens an Nichtberechtigte abgehalten und veranlasst, aus freien Stücken an Vorkaufsberechtigte zu veräussern. Deshalb könne vor allem in Zeiten hoher Liegenschaftspreise im Interesse des Familienschutzes nicht darauf verzichtet werden (59).

4.2 Stellungnahmen zum E 1970

Die kritische Würdigung des E 1970 durch die Herren Bundesrichter KAUFMANN und Professor FRIEDRICH (60) hatte zur Folge, dass der Entwurf nach einer ersten Lesung in der Kommission des Ständerates (Sitzungen vom 4./5. November und 17. Dezember 1970) einer nochmaligen Prüfung unterzogen und sowohl in formeller wie in materieller Hinsicht überarbeitet wurde (61).

KAUFMANN warf die Frage auf, ob die vorgesehene Ausübung des VKRs zum Ertragswert (Art. 12 Abs. 1 E 1970) statt, wie bisher, zum Schätzungswert tatsächlich einen Fortschritt darstellte (62). In der Botschaft wurde die Neuerung mit zwei Argumenten gestützt: Erstens sollten zukünftige Erben, die dereinst das Gut nach bäuerlichem Teilungsrecht zum Ertragswert zugewiesen bekämen, im Fall der Ausübung des g VKRs zu Lebzeiten der Eltern nicht benachteiligt sein, und zweitens sollte eine Ueberschuldung dieser Erben vermieden werden (63). KAUFMANN meint, die Interessen der Eltern dürften beim Verkauf ihres Hofes nicht so leicht übergangen werden: "Il s'agit pourtant, dans un certain sens, d'une expropriation sans pleine idemnité du père par son fils" (64); er möchte dem Richter in dieser Frage mehr Spielraum einräumen (65).

Im weitern sieht KAUFMANN eine Schwierigkeit in der Beurteilung der Fähigkeit eines Ansprechers zur Selbstbewirtschaftung. Er ist der Ansicht, dass unterschiedliche Kriterien beigezogen werden müssten, je nachdem, ob die Eignung des Sohnes als Selbstbewirtschafter zu prüfen ist oder ob die Eignung der Eltern zur Diskussion

---

58) Detailliertere Angaben in der Botschaft, BBl 1970 I 816.
59) BBl 1970 I 817.
60) Referate, gehalten an der Generalversammlung des Vereins schweizerischer Notare vom 23. Okt. 1970 in Neuenburg; BBl 1970 I 738.
61) Amtl Bull StR 1971, S. 394; BBl 1971 I 737ff.
62) KAUFMANN, BlAR 1971, S. 1ff.
63) BBl 1970 I 839/40.
64) KAUFMANN, a.a.O., S. 9.
65) Vgl. zur Frage des Preises auch LIVER, Zbl 71 (1970) 170.

steht, die das Gut ihrem Sohn zu Lebzeiten abgetreten haben und ihr VKR jetzt trotz abnehmender Kräfte wieder ausüben, weil der Sohn das Heimwesen oder einen wesentlichen Teil davon verkauft.

Erneut stellt KAUFMANN auch das VKR des Ehegatten wieder in Frage, und ganz grundsätzlich bezweifelt er, dass der Familienschutzgedanke im Agrarrecht unterzubringen ist.

Die schwerwiegendsten Einwendungen FRIEDRICH's gegen den E 1970 waren gesetzestechnischer Natur (66). Der Referent rügte, dass durch den Erlass des EGG die Vorkaufsrechte zugunsten der Verwandten ausserhalb des ZGB verankert worden sind, der Gedanke einer kodifikatorischen Behandlung des Bundeszivilrechts damit durchbrochen worden ist (67). Die Expertenkommission wollte im VE V 1963 den Schritt zur Wiederherstellung der Einheit tun und diese VKRe im Anschluss an Art. 682 als Art. $682^{bis-quinquies}$ dem ZGB einfügen. Kommentarlos ist dieses Vorhaben unter den Tisch gewischt worden; in der Botschaft zum E 1970 äussert sich der Bundesrat nicht dazu. FRIEDRICH betont, dass dieser Frage im Zusammenhang mit den VKRen des öffentlichen Rechts sogar mehr als nur gesetzestechnische Bedeutung zukommt. Sicher wäre es folgerichtiger und diente der Rechtsanwendung und der Rechtssicherheit, wenn sämtliche privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen im ZGB untergebracht würden, und zwar unabhängig davon, ob sie sich auf alle oder nur auf landwirtschaftliche Grundstücke beziehen. Auch das bäuerliche Teilungsrecht hat ja seinen Platz im ZGB gefunden. VKRe des öffentlichen Rechts dagegen wären im Hinblick auf ihre Besonderheiten und ihre Zweckbestimmung der entsprechenden Spezialgesetzgebung einzugliedern (68). So gehörte das im E 1970 geplante VKR zugunsten von Güterzusammenlegungskorporationen und Bodenverbesserungsgenossenschaften zweifellos ins öffentliche Recht, wurde es doch vorwiegend im Interesse der Allgemeinheit aufgestellt (69).

4.3 Der E 1971 und der Stand des Revisionsverfahrens heute

Die Kritik KAUFMANN's und FRIEDRICH's wirkte sich aus. Mit einer Ergänzungsbotschaft zum Entwurf eines BG über Aenderungen des bäuerlichen Zivilrechts, datiert vom 8. März 1971, gelangte der Bundesrat erneut an die Bundesversammlung. Wir bezeichnen den vorgelegten Entwurf mit der kleinen Agrarrechtsreform, der den alten ersetzt, als E 1971.

Wie präsentiert sich jetzt die Regelung des bäuerlichen VKRs? Sie f e h l t ! Von einer Revision der Bestimmungen über das landwirtschaftliche VKR wurde trotz der jahrelangen Bemühungen abgesehen. Die Botschaft gibt zwei Gründe dafür an. Erstens sei man jetzt zur Einsicht gelangt, dass durch Eingliederung der wichtigsten Rechtssätze in ZGB und OR und durch Verzicht auf allzuviele Spezialgesetze etwas

---

66) FRIEDRICH, BlAR 1971, S. 15ff.
67) FRIEDRICH, a.a.O., S. 18.
68) Siehe unten, § 15, S. 142f.
69) FRIEDRICH, a.a.O.

mehr System in die bodenrechtliche Gesetzgebung gebracht werden sollte. In diesem Sinne sei eine Neuordnung nicht nur des bäuerlichen VKRs, sondern auch der bisher unvollständig geregelten VKRe des ZGB anzustreben, wobei der Unterscheidung von vertraglichen und gesetzlichen VKRen Rechnung zu tragen wäre. Der Zeitpunkt für eine diesbezügliche Aenderung des ZGB sei jedoch nicht gegeben, da die notwendigen umfangreichen Vorabklärungen noch fehlten. Auf die vorläufige Revision der Bestimmungen über das bäuerliche VKR könne zweitens umso leichter verzichtet werden als das VKR, in der Praxis nur selten ausgeübt, seinen Wert vor allem im indirekten Einfluss auf die Eigentümer landwirtschaftlicher Grundstücke habe. Anders als beim Pachtrecht sei die Dringlichkeit einer Abänderung deshalb nicht so bestimmt zu bejahren (70).

Die Revision des bäuerlichen VKRs sollte nach dem E 1971 also auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben werden (71), allerdings im lobenswerten Bestreben, das Thema VKR als ganzes neu zu überdenken. In der Beratung im Ständerat, der die Priorität hatte, stellte der Berichterstatter im Namen der vorberatenden Kommission jedoch den Antrag, das g VKR des bäuerlichen Bodenrechts wenigstens insofern in die Revision einzubeziehen als es seine Anpassung an das übrige Agrarrecht verlange:

- Bei der Festlegung der Reihenfolge der vorkaufsberechtigten Verwandten seien die weiblichen den männlichen Verwandten gleichzustellen;
- als Uebernahmepreis solle nicht mehr der Schätzungswert gemäss Entschuldungsgesetz, sondern, wie im bäuerlichen Erbrecht, der Ertragswert gelten;
- bei Weiterveräusserung sei die Gewinnbeteiligung gleich zu regeln wie im bäuerlichen Erbrecht (Art. 619 ZGB) und im Recht des Grundstückkaufs (72).

Die Kommissionsanträge wurden im Ständerat widerspruchslos angenommen (73). Auch unterstützte der Rat zwei Postulate des Kommissionspräsidenten AMSTAD. Im ersten Postulat vom 3. Juni 1971 bezüglich des VKRs wird der Bundesrat eingeladen zu prüfen, ob durch eine Aenderung von ZGB und OR eine umfassende Ordnung des vertraglichen und gesetzlichen VKRs geschaffen werden soll (74). Im zweiten Postulat bezüglich des bäuerlichen Zivilrechts - es ist ebenfalls datiert vom 3. Juni 1971 - wird der Bundesrat aufgefordert zu prüfen, ob das EGG ganz oder teilweise aufgehoben werden soll und seine Bestimmungen materiell dem ZGB bzw. dem OR einzuverleiben wären (75). Der Bundesrat erklärte sich zur Entgegennahme beider Postulate bereit (76).

---

70) BBl 1971 I 739/40; Amtl Bull StR 1971, S. 394.

71) Die Aenderungen des bäuerlichen Zivilrechts im E 1971 umfassten nun noch den Lidlohn, das Erbrecht, den Gewinnanspruch bei Uebertragung eines Grundstücks auf einen Erben zu Lebzeiten des Erblassers, die Pacht und die Pachtzinskontrolle. Ueber die Regelung im einzelnen gibt die Botschaft Auskunft; vgl. BBl 1971 I 742ff.

72) Amtl Bull StR 1971, S. 395.

73) Amtl Bull StR 1971, S. 435.

74) Text des Postulates im Amtl Bull StR 1971, S. 447/48.

75) Text des Postulates im Amtl Bull StR 1971, S. 448/49.

76) Beim zweiten Postulat machte der Bundesrat allerdings einen Vorbehalt in Bezug

Auch die Kommission des Nationalrates folgte dem Bundesrat in seiner Absicht, das VKR von der Revision gänzlich fernzuhalten, nicht. Sie ging in ihrer Mehrheit sogar über die Anträge des Ständerates hinaus und wollte das VKR von Bundesrechts wegen auf Geschwister und Geschwisterkinder ausdehnen. Ein diesbezüglicher Antrag wurde jedoch abgelehnt (77). Somit bleibt der zweite Abschnitt des EGG, der das VKR an landschaftlichen Gewerben regelt, bis auf weiteres geltendes Recht. Ans übrige Agrarrecht angepasst wurden nur die Artikel 11 und 12 EGG (78), womit den Anträgen der

---

auf den Zeitpunkt, da das Postulat auch die Anregung enthielt, eine solche Lösung eventuell bereits im Zusammenhang mit der laufenden Revision des bäuerlichen Zivilrechts ins Auge zu fassen. Der Bundesrat wollte sich die Freiheit erhalten, die Revision der einzelnen Bestimmungen des bäuerlichen Zivilrechts doch vorwegzunehmen, falls es sich zeigen sollte, dass die Tragweite und die zeitliche Beanspruchung zu gross wären, um eine Gesamtrevision sofort anzugehen. Bundesrat von MOOS, Amtl Bull StR 1971, S. 449.

77) Amtl Bull NR 1972, S. 1173ff.

78) Ihr Wortlaut heute:

Art. 11 EGG, Marginale: Reihenfolge der berechtigten Verwandten

Abs. 1 Die Verwandten des Verkäufers können das VKR in folgender Reihenfolge ausüben: Kinder, Enkel, Ehegatte, Eltern, gegebenenfalls Geschwister, Nachkommen der Geschwister (unverändert).

Abs. 2 Machen mehrere Personen im gleichen Rang ein VKR geltend und schliessen sie sich nicht zu einer Gemeinderschaft zusammen, so erhält derjenige den Vorzug, der die Liegenschaft selbst bewirtschaften will und hiefür geeignet erscheint. Die Fähigkeiten des Ehegatten des Bewerbers zur Bewirtschaftung sind mitzuberücksichtigen (neu).

Abs. 3 Im übrigen entscheidet der Richter über die Zuweisung unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Vorkaufsberechtigten (neu).

Abs. 4 Art. 621quater des ZGB findet entsprechende Anwendung (analog).

Art. 12 EGG, Marginale: Uebernahmepreis

Abs. 1 Die Blutsverwandten in gerader Linie, sofern sie die Liegenschaft zur Selbstbewirtschaftung beanspruchen, und der Ehegatte können das VKR zum Ertragswert ausüben (neu).

Abs. 2 Wird das VKR auf ein landwirtschaftliches Gewerbe ausgeübt, das über den Ertragswert hinaus mit Grundpfandforderungen belastet ist, so erhöht sich der Uebernahmepreis um den nicht durch den Ertragswert gedeckten Forderungsbetrag. Handelt es sich um ein entschuldetes Heimwesen, so finden die Art. 75 bis 79 des BG vom 12. Dezember 1940 Anwendung (neu).

Abs. 3 und 4 unverändert.

Abs. 5 Der Verkäufer, dem gegenüber das VKR zum Ertragswert ausgeübt wird, hat, wenn der Vorkaufsberechtigte die Liegenschaft weiterveräussert, oder wenn sie ihm enteignet wird, Anspruch auf den Gewinn nach den Vorschriften über die Erbteilung (neu).

Amtl Bull StR 1971, S. 435f.; Amtl Bull NR 1972, Sommersession, S. 1177f.; AS 1973, S. 96/97.

ständerätlichen Kommission stattgegeben worden ist. Es bleibt zu hoffen, dass auch die beiden vom Bundesrat entgegengenommenen Postulate nicht schubladisiert werden.

5. Bemerkungen

Bei der in Aussicht genommenen Neuordnung des gesamten Themenkreises VKR werden viele Fragen wieder auftauchen, die schon bisher Diskussionsstoff geliefert haben. Im Agrarrecht wird man der zentralen Frage, ob das g VKR adäquates Mittel zum Zwecke sei, nicht ausweichen können. Bei unveränderter Zielsetzung, wie sie Art. 1 EGG umschreibt, dürfte die Antwort nein lauten. Zwar eignet sich das g VKR zur Verwirklichung des Familienschutzes, auch von geschichtlicher Warte aus gesehen: Schutz der Familie vor unerwünschtem Eindringen Dritter und Schutz des Bodens vor unwirtschaftlicher Zersplitterung. Zur Verwirklichung des im Vordergrund stehenden agrarpolitischen Ziels jedoch, auf breiter Basis möglichst vielen Landwirten Eigentum oder eigentumsähnlichen Anspruch am selbstbewirtschafteten Boden zu erhalten oder zu verschaffen, taugt das VKR nicht (79). Diese Erfahrung ist gemacht, und heute hat man das wohl eingesehen. Die Begründung aber, das g VKR nur als Abschreckungsmittel - es soll den Verkäufer des Heimwesens davon abhalten, an Nichtvorkaufsberechtigte zu veräussern (80) - bestehen zu lassen, geht fehl. Wir erinnern an die Kritik LIVER's (81); er formulierte das agrarpolitische Ziel negativ, und er suchte Mittel, "durch welche das Interesse am Erwerb von landwirtschaftlichen Heimwesen durch Leute, welche sie nicht selber bewirtschaften wollen, sondern zur Erzielung eines Gewinnes oder zur Kapitalanlage kaufen, dermassen herabgesetzt wird, dass solche Geschäfte gar nicht mehr getätigt werden oder doch zu seltenen Ausnahmen werden" (82). Die Anforderungen, die er an diese Mittel stellte: Das Ziel sollte mit der kleinst möglichen Beschränkung des Eigentums und der Vertragsfreiheit und ohne Unterstellung der Verfügungen des Grundeigentümers unter eine behördliche Genehmigung erreicht werden können.

Diese Problemstellung ist heute, nach mehr als zwanzig Jahren, noch so aktuell wie damals. Vor genau diese Schwierigkeit sieht sich der Gesetzgeber von heute auch gestellt, und eine Prüfung der von LIVER unterbreiteten Anregungen ist zu empfehlen: Fiskalische Massnahmen, so die Erhebung von Spezialsteuern oder Abgaben an Meliorationsreservekassen oder aber die Ausgestaltung eines Sonderpachtrechts mit einem gesetzlichen Anspruch des Pächters auf Erneuerung des abgelaufenen Pachtvertrages dürften erwogen werden (83). Verfolgt man das sich über Jahrzehnte erstreckende Tauziehen um das g VKR im landwirtschaftlichen Bodenrecht, ist überhaupt verwunderlich, warum die Vorschläge LIVER's nie Beachtung gefunden haben,

---

79) Siehe auch MEIER-HAYOZ, ZBJV 92 (1956) 329.
80) BBl 1970 I 817.
81) LIVER, ZSR 68 (1949) 67ff.; oben, S. 113f.
82) LIVER, a.a.O., S. 62.
83) LIVER, a.a.O., S. 62f.

warum vom VKR abweichende Lösungen überhaupt nie ins Auge gefasst worden sind. Im Zuge der geplanten Aenderung des ZGB bezüglich des VKRs und des Einbezugs des bäuerlichen Zivilrechts dürfte dieser Zeitpunkt nun gekommen sein.

§ 15 DIE OEFFENTLICHEN VKRe

1. Problemstellung

Die auf öffentlichem Recht von Bund und Kantonen beruhenden VKRe unterstehen nicht den Normen des ZGB, sind aber oft analog zu behandeln (1). Heute noch wenig geklärt sind die Fragen,

- ob die mannigfaltigen g VKRe des öffentlichen Rechts inhaltlich gleich ausgestaltet sind und
- inwieweit sich die im ZGB enthaltenen spärlichen Regeln über das gesetzliche und rechtsgeschäftliche VKR des Privatrechts darauf anwenden lassen (2).

Bevor wir auf diese zentralen Fragen eintreten, mit denen sich Lehre und Gesetzgebung in naher Zukunft eingehend auseinanderzusetzen haben werden (3), mögen einige Beispiele Art und Beschaffenheit g VKRe des öffentlichen Rechts illustrieren, wobei wir das Hauptgewicht auf die dem Gemeinwesen zustehenden g VKRe, die sog. "öffentlichen VKRe", legen (4).

2. Bestehende und postulierte öffentliche VKRe (5)

2.1 Oeffentliche VKRe auf Bundesebene

Am 10. Juli 1963 kam ein von der sozialdemokratischen Partei der Schweiz und dem schweizerischen Gewerkschaftsbund getragenes Volksbegehren gegen die Bodenspekulation zustande. Inhaltlich entsprach die eidgenössische Bodenrechtsinitiative von 1963 der Motion FREIMUELLER vom Oktober des Jahres 1956, die vom Bundesrat als Postulat entgegengenommen worden war (6). Ziffer 1 des in der Initiative vorgesehenen Artikels 31^{sexies}, welcher der Bundesverfassung eingefügt werden sollte, umschrieb die angestrebten Ziele: Verhinderung der ungerechtfertigten Steigerung der Grundstückpreise, Verhütung der Wohnungsnot und gleichzeitige Förderung der Landes-,

---

1) MEIER-HAYOZ, N. 20/22 zu Art. 682 ZGB.
2) FRIEDRICH, BlAR 1971, S. 25.
3) Vgl. Postulat AMSTAD bezüglich das VKR vom 3. Juni 1971, Amtl Bull StR 1971, S. 447/48 (oben, § 14, S. 122).
4) Zu weitern VKRen des öffentlichen Rechts, die nicht dem Gemeinwesen, sondern Privaten eingeräumt werden, vgl. unten, S. 142.
5) Die Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.
6) BBl 1966 I 887; SIEBER, Bodenrechtsinitiative, S. 1ff.; FRIEDRICH, WR 16 (1964) 85ff.; AUBERT, ZSR 83 (1964) 102f.; MEIER-HAYOZ, ZBJV 92 (1955) 329.

Regional- und Ortsplanung. Als Mittel zur Verwirklichung sämtlicher Zwecke sah Ziffer 2 neben dem Enteignungsrecht ein g VKR von Bund und Kantonen an Grundstücken vor (7).

Der Initiativtext wurde nie Verfassungsrecht, da das Volk in der Abstimmung vom 2. Juli 1967 die Vorlage deutlich verwarf (8). In den zwei neuen Verfassungsartikeln 22^{ter} und 22^{quater}, die vom Bundesrat vorgeschlagen und am 14. September 1969 von Volk und Ständen angenommen wurden (9), ist von einem VKR nicht mehr die Rede. Somit kennt das Bundesrecht im jetzigen Zeitpunkt weder ein auf Gesetz noch ein direkt auf der Verfassung beruhendes öffentliches VKR (10).

2.2 Oeffentliche VKRe der Kantone

Auf kantonaler Ebene stand und steht die Einführung g VKRe des öftern zur Diskussion. Mehreren Vorstössen war jedoch kein Erfolg beschieden. So wurde eine linksgerichtete Genfer Initiative vom Dezember 1960 verworfen, die neben dem Enteignungsrecht ein generelles VKR des Gemeinwesens für Grundstücke vorsah, welche dem Wohnungsbau dienen sollten (11). Eine Zürcher Initiative aus dem Jahre 1962 wollte im Interesse der Regional- und Ortsplanung den politischen Gemeinden ein VKR an sämtlichem Grundeigentum in ihrem Gebiet einräumen, wurde aber auch deutlich abgelehnt, da die Kollektivierungsbestrebung allzu klar hervortrat und Stimmen gegen die Vereinbarkeit des Begehrens mit der Eigentumsgarantie laut geworden waren (12). Im Kanton Aargau veröffentlichte die Baudirektion im März 1965 einen ersten Entwurf zu einem neuen Baugesetz. Die Bestimmungen über Landerwerb und Entschädigung enthielten ebenfalls ein VKR zugunsten von Kanton und Gemeinde an Grundstücken, "die durch rechtskräftige Zonenpläne in Grünzonen und Zonen für öffentliche Bauten eingeteilt" würden; in einem zweiten Entwurf vom Juni 1967 ist das VKR aber bereits wieder gestrichen worden (13).

Aus den Nachkriegsjahren stammen verschiedene VKRe der Gemeinden an subventionierten Bauten. Ein limitiertes g VKR (Uebernahme zum Selbstkostenpreis) steht im Kanton Zürich Kanton und Gemeinde an subventionierten Wohngebäuden zu; der Zweck ist die Sicherstellung niedriger Mietzinse (14). Aehnlich sicherte sich Basel-Stadt mit der indirekten Wirkung eines erzwungenen rechtsgeschäftlichen VKRs ge-

---

7) SIEBER, a.a.O., S. 33-35; JUCKER, Gewerkschaftliche Rundschau, 55 (1963) 66f.
8) 192998 Ja gegen 397080 Nein; siehe GLAUSER, S. 10.
9) AS 1969, S. 1249. BBl 1967 II 133; 1969 I 568, 1315; II 1101.
10) Vgl. AUBERT, ZSR 83 (1964) II, S. 93; GLAUSER, S. 8.
11) AUBERT, a.a.O., S. 47f. und 100f.; GLAUSER, S. 10f.; BGE 88 I 248ff. und ZBJV 99 (1963) 299ff.
12) MEIER-HAYOZ, ZBGR 45 (1964) 10ff. und Zbl 65 (1964) 1ff.; AUBERT, a.a.O., S. 101; GLAUSER, S. 11.
13) GLAUSER, S. 10.
14) VO des RR über die Ausrichtung von Arbeitsbeschaffungsbeiträgen an Wohnbauten vom 3.12.1945, Art. 14 Abs. 5, in ZBGR 27 (1946) 336; zur grundbuchlichen Behandlung siehe unten, § 16, S. 146.

gen Subventionsmissbräuche ab: Wer für das Erstellen eines Wohnbaus Subventionen bezieht, hat dem Kanton vertraglich ein limitiertes VKR einzuräumen. Wer zum Vertragsschluss nicht bereit ist, erhält keine Subvention (15).

Besondere Beachtung erheischt ein öffentliches VKR, das in Art. 10 der bündnerischen VO über Natur- und Heimatschutz vom 27. November 1946 enthalten ist. Besondere Beachtung verdient es einerseits seiner Singularität wegen - es handelt sich um ein öffentliches Erwerbsrecht an Fahrnis - und andererseits seiner differenzierten Regelung wegen, die die Anwendung erleichtert und für die Grundsätze, die öffentliche VKRe beherrschen, wegleitend ist. Zu würdigen sind folgende Punkte:

- Das Marginale "öffentliches Erwerbsrecht" lässt einmal keine Zweifel über die Zugehörigkeit des Instituts zum öffentlichen Recht offen, und die Bezeichnung "Erwerbsrecht" verhindert eine kritiklose Gleichstellung mit den VKRen des Privatrechts.
- Das Institut ist mit adäquatem Zweck eingesetzt: Schutz wertvoller Kulturgegenstände und ihre Erhaltung zugunsten der Allgemeinheit in der Hand des Gemeinwesens (16). Entsprechend wird der Erwerbsfall genau umschrieben und erweitert: Neben dem Verkauf stellen die freiwillige und die zwangsweise Versteigerung Erwerbs- oder Vorkaufsfälle dar, ebenso die Schenkung wie auch die Ausfuhr einer Sache aus dem Kantonsgebiet und die damit verbundene Gefahr des Verlustes und der Zerstörung.
- Die durch die Erweiterung der Vorkaufsfälle erzeugten Unsicherheiten in Bezug auf den Preis werden durch eine relative Limitierung ausgeschaltet: Eine aus drei Fachleuten bestehende Kommission, die vom Kantonsgericht zu bezeichnen ist, bestimmt den Preis, falls sich die Parteien nicht einigen können. Der Entscheid kann vor den Zivilrichter gezogen werden (17).
- Die Reihenfolge der Erwerbsberechtigung ist klar geregelt: Primär ist die Gemeinde, sekundär der Kanton zum Vorkauf berechtigt.
- Die relative Ausübungsfrist beträgt drei Monate seit der Kenntnisnahme, die absolute drei Jahre seit Abschluss des Rechtsgeschäfts (18).

Jüngeren Datums ist ein g VKR, das im Kanton Appenzell Ausserrhoden ebenfalls im Rahmen des Natur- und Heimatschutzes zugunsten von Gemeinde und Kanton eingeführt worden ist. Art. 196 des neuen EG z ZGB von 1969 (19) lautet in Anlehnung an das bündnerische Vorbild, aber mit einigen Klarstellungen, wie folgt:

---

15) VO des RR betreffend die Rückerstattung von Wohnbausubventionen und betreffend das VKR an subventionierten Bauten vom 21.1.1944, Art. 10-13, ZBGR 27 (1946) 335/36.

16) Zur rechtlich möglichen Zwecksetzung öffentlicher VKRe siehe unten, S. 131ff.

17) Zur Anforderung an die Verfassungsmässigkeit öffentlicher VKRe vgl. unten, S. 135.

18) Vgl. unten, § 18, S. 168ff., insbes. 170.

19) EG z ZGB vom 27. April 1969 nach dem Entwurf LIVER's; dazu LIVER, Das neue Einführungsgesetz des Kantons Appenzell AR zum Schweizerischen ZGB, SJZ 65 (1969) 301ff.

1 "Die Gemeinde und, wenn sie davon keinen Gebrauch macht, der Kanton, hat von Gesetzes wegen das Erwerbsrecht an künstlerisch, historisch oder naturwissenschaftlich wertvollen Objekten,
a) wenn ein solches Objekt veräussert wird;
b) wenn es ein wertvoller Gegenstand des einheimischen Natur- oder Kulturgutes ist und aus dem Kanton ausgeführt wird.

2 Das Erwerbsrecht besteht nur, wenn Gefahr droht, dass der Gegenstand verloren geht, verdirbt oder zerstört wird.

3 Das Erwerbsrecht kann im Veräusserungsfall zu dem Preis ausgeübt werden, der von den Vertragsparteien vereinbart worden ist; im übrigen wird der Erwerbspreis, wenn er nicht vereinbart werden kann, durch einen oder mehrere Sachverständige bestimmt, welche vom Präsidenten des Obergerichts ernannt werden.

4 Das Erwerbsrecht kann innert drei Monaten seit Kenntnisnahme von der Veräusserung, jedenfalls aber nicht mehr nach Ablauf von drei Jahren seit dem Abschluss des Rechtsgeschäftes, ausgeübt werden."

Auch dieser Vorschrift kommt noch Seltenheitswert zu. Einmal begründet auch sie ein g VKR an beweglichen Sachen, und im weiteren ist zu beachten, dass trotz knapper Formulierung alles Wesentliche gesagt ist. Die in andern Spezialgesetzen meist offen gelassenen Fragen sind alle beantwortet:

a) Das VKR gehört ins öffentliche Recht (Marginale: "Oeffentliches Erwerbsrecht").
b) Der Vorkaufsfall ist genau umschrieben (Abs. 1 lit. a und b) (20).
c) Die Ausübung des VKRs wird von einer zusätzlichen Bedingung abhängig gemacht (Abs. 2) (21), aus welcher sich die Zweckbestimmung herauslesen lässt: Zweck ist die Erhaltung bestimmter Vermögenswerte zugunsten des Gemeinwesens und damit zugunsten der Oeffentlichkeit.
d) Ein gewöhnliches, unlimitiertes VKR wird statuiert. Nur beim erweiterten Vorkaufsfall (Ausfuhr des Vorkaufsobjekts aus dem Kanton) ist der Preis durch Experten zu bestimmen, also relativ limitiert.
e) Die Reihenfolge der Ansprüche ist geregelt: Das VKR der Gemeinde geht dem des Kantons vor. Konkurenzprobleme sind ausgeschlossen.
f) Die relative Ausübungsfrist ist länger als die des ZGB; die absolute beträgt drei Jahre.

---

20) Der Wortlaut schliesst allerdings die Zwangsversteigerung als Vorkaufsfall aus, was sich u.E. nicht rechtfertigt.
21) In der bündnerischen VO ist unklar, ob schon die Gefahr des Untergangs der Sache einen Vorkaufsfall darstellt, auch wenn der Eigentümer weder veräussern noch ausführen will.

3. Zum Begriff des öffentlichen VKRs

Anhand der angeführten Beispiele ist festzustellen, dass die öffentlichen VKRe inhaltlich vom Begriff des VKRs, wie er für das Privatrecht massgebend ist, in verschiedener Hinsicht abweichen. Einmal ist ihre Entstehung nur durch Gesetz, nicht durch Vertrag möglich (22). Vorkaufsberechtigt ist sodann stets die öffentliche Hand, im Normalfall das Gemeinwesen (23). Die Zwecksetzung endlich reicht bei öffentlichen VKRen an Grundstücken von der Bekämpfung der Bodenspekulation bis zur Verstaatlichung des Bodens und erscheint wenig einheitlich (24).

Kein grundsätzlicher Unterschied besteht dagegen in Bezug auf das Vorkaufsobjekt. Obwohl öffentliche VKRe bisher vorwiegend als Instrumente der Bodenpolitik eingesetzt und somit an Grundstücken im Sinne von Art. 655 ZGB anzutreffen waren, ist Fahrnis als Vorkaufsobjekt nicht auszuschliessen (25); Natur- und Heimatschutz haben von dieser Möglichkeit schon Gebrauch gemacht (26).

Das öffentliche VKR lässt sich demnach umschreiben als eine der öffentlichen Hand von Gesetzes wegen zustehende Befugnis, anstelle eines Dritterwerbers gegen Entgelt die Uebertragung des Vorkaufsobjekts zu Eigentum zu verlangen (27).

4. Zur Rechtsnatur des öffentlichen Vorkaufsrechts

Auch in Bezug auf die Rechtsnatur unterscheiden sich die öffentlichen VKRe von den g VKRen des Privatrechts. Zwar beruhen auch sie auf gesetzlichen Realobligationen und sind als Gestaltungsrechte in Form von Verfügungsbeschränkungen zu qualifizieren. Umstritten ist indessen, ob die öffentlichen VKRe - ungeachtet ihrer Bezeichnung - dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen sind. Beide Ansichten werden in der Literatur vertreten (28). Die Diskussion ist höchst theoretischer Art, lässt sich doch je nach Wahl der Unterscheidungskriterien eine andere Auffassung begründen. Immerhin sprechen die verschiedenen bekannten Theorien zur Abgrenzung des privaten vom öffentlichen Recht eher für den öffentlichrechtlichen Charak-

---

22) GLAUSER, S. 11; betreffend die Kompetenz zur Einführung öffentlicher VKRe vgl. GLAUSER, S. 47ff.

23) Auch eine andere öffentlichrechtliche Korporation kann Trägerin der Vorkaufsberechtigung sein. Zur Frage, welchen Organen in concreto die Ausübung zusteht, GLAUSER, S. 62ff.

24) Dazu GLAUSER, S. 12ff; unten, S. 132.

25) Anderer Ansicht GLAUSER, S. 57.

26) Siehe oben, S. 128f.

27) Aehnlich GLAUSER, S. 11/12.

28) Vgl. dazu GLAUSER, der sich eingehend mit der Kontroverse in Deutschland auseinandergesetzt hat, S. 11.

ter des Instituts (29), und heute überwiegen die Stimmen, welche die Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht befürworten (30).

Während u.E. die g VKRe des ZGB Merkmale mittelbarer und unmittelbarer Eigentumsbeschränkungen in sich vereinigen (31), sind die öffentlichen VKRe nach herrschender Meinung den mittelbaren Eigentumsbeschränkungen beizuordnen. Nur mittelbar wirkt die gesetzliche Eigentumsbeschränkung des öffentlichen Rechts, da sie im konkreten Fall erst durch Verwaltungsakt der zuständigen Behörde festgelegt werden muss. Der Rechtssatz allein beschränkt das Eigentum nur in abstrakt-virtueller Weise: Erst bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, dann nämlich, wenn ein öffentliches Interesse vorhanden ist, nimmt die Eigentumsbeschränkung durch die Verwaltungsverfügung konkret-aktuelle Gestalt an (32). Ob die Behörde bei Vorliegen des allgemeinen Interesses zum Erlass des Verwaltungsaktes verpflichtet ist oder ob ihr ein Ermessensspielraum zusteht, ist von Fall zu Fall verschieden (33). Für das öffentliche VKR heisst das, dass die Vorkaufsberechtigung nur dann tatsächlich ausgeübt werden darf, wenn das öffentliche Interesse zu bejahen ist (34).

5. Zum Inhalt öffentlicher VKRe

Betrachten wir die den Inhalt eines VKRs weitgehend bestimmenden Zielsetzungen, so stellen wir fest, dass je nach angestrebtem Ziel die Ausübung des VKRs andern Richtlinien unterliegen müsste, oder, was näher liegt und allein eine mehr oder weniger einheitliche Behandlung aller g VKRe ermöglicht, dass sich eben das Institut des VKR zum Erreichen bestimmter Zwecke nicht eignet. Hält man sich die Mannigfaltigkeit der Bestrebungen vor Augen, in deren Dienst das VKR schon gestellt worden ist oder hätte gestellt werden sollen, drängt sich in der Tat der Verdacht auf, "dass das Institut des VKRs seine Anziehungskraft mehr der geringen Kenntnis über seinen Gehalt sowie der Tatsache verdankt, dass es nirgends eine feste und einlässliche Ordnung gefunden hat" (35).

---

29) GLAUSER, S. 20.

30) MEIER-HAYOZ für die kantonalzürcherische Initiative, Zbl 65 (1964) 5f. und N. 53 zu Art. 680 ZGB; HUG für das VKR der Bodenverbesserungsgenossenschaften, Wandlungen des Bodenrechts, in der Festschrift des Schweizerischen Juristenvereins zur Schweizerischen Landesausstellung, Lausanne 1964, Basel 1964, S. 242; FRIEDRICH für das im E 1970 geplante agrarrechtliche VKR zugunsten der Güterzusammenlegungskorporationen, BlAR 1971, S. 18; EG zum ZGB des Kt. App. A.Rh., Marginale zu Art. 196; für das deutsche Recht EBERT, NJW 9 (1956) 1622.

31) Siehe oben, § 2, S. 37f.

32) LIVER, N. 109 zur Einl.; KIRCHHOFER Emil, Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung, ZSR 58 (1939) 145; BGE 74 I 46.

33) MEIER-HAYOZ, N. 53 zu Art. 680 ZGB.

34) GLAUSER, S. 23f.

35) FRIEDRICH, BlAR 1971, S. 25; MEIER-HAYOZ, ZBGR 45 (1964) 261.

Der Untersuchung, welche Zwecke sich mit einem g VKR erreichen lassen oder, zumindest, für welche Zwecke ein g VKR nicht sinnvoll Anwendung finden kann, stellen wir eine Liste der verschiedenen Zielsetzungen öffentlicher VKRe voran, wie sie auch in deutschen Gesetzen anzutreffen sind.

5.1 Die einzelnen Zielsetzungen

a) Bekämpfung der Spekulation und Stabilisierung der Bodenpreise (36).
b) Verhütung der Wohnungsnot und Förderung der Landes-, Regional- und Ortsplanung (37).
c) Verstärkung des Einflusses auf die Bodennutzung und Kontrolle des Bodenmarktes schlechthin (38), was auch die Verhinderung des Landerwerbs durch Personen in sich schliesst, die den Boden nicht binnen nützlicher Frist dem Bebauungs- oder Zonenplan entsprechend verwenden wollen;
d) Verhinderung späterer Expropriation (39);
e) Landerwerb für öffentliche Zwecke, eventuell Schaffung von Landreserven der öffentlichen Hand (40);
f) Sicherung des Subventionen ausschüttenden Gemeinwesens gegen Zweckentfremdung subventionierter Bauten oder gegen zu hohe Mietzinse in subventionierten Wohnungen (41);
g) Erhaltung wertvoller Gegenstände des Natur- und Heimatschutzes (42).

5.2 Rechtsstaatliche Schranken öffentlicher VKRe

Abzustecken sind nun die Schranken, innerhalb welcher sich der rechtlich mögliche Inhalt eines öffentlichen VKRs überhaupt bewegen kann (43). Aus den Grundlagen des Rechtsstaates ergeben sich Schranken für öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen. So hat sich der Gesetzgeber bei der Einführung eines öffentlichen VKRs an die Grundsätze der Gesetzmässigkeit, an die Eigentumsgarantie und an das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu halten.

- Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit, abgeleitet aus dem Prinzip der Gewaltentrennung, bindet die verwaltenden Behörden sowohl formell als auch materiell an

---

36) Für die kantonalzürcherische Initiative MEIER-HAYOZ, Zbl 65 (1964) 1; für die eidg. Bodenrechtsinitiative JUCKER, Gewerkschaftl. Rundschau 1963, S. 65ff.; für das deutsche BBauG EBERT, NJW 14 (1961) 1431.
37) Eidg. Bodenrechtsinitiative 1963; oben, S. 126.
38) GLAUSER, S. 13 mit weiteren Literaturangaben; EBERT, a.a.O.
39) EBERT, a.a.O., GLAUSER, a.a.O.
40) AUBERT, ZSR 83 (1964) 2; GLAUSER, a.a.O.; EBERT, a.a.O.
41) VKR zürcherischer Gemeinden an subventionierten Bauten, ZBGR 27 (1946) 336; oben, S. 127.
42) Art. 10 des bündnerischen VO über Natur- und Heimatschutz vom 27.11.1946; Art. 196 EG z ZGB Kt. App. A.Rh.; oben, S. 128f.
43) GLAUSER, S. 31ff.

Gesetze (44). Unter formellem Legalitätsprinzip ist die Bindung der Verwaltungstätigkeit an die Kompetenzenordnung zu verstehen, unter materiellem Legalitätsprinzip die für den Bürger wichtigere Bindung an den Gesetzesinhalt (45). Das besagt für das öffentliche VKR, dass es nur auf dem Wege der Gesetzgebung erlassen werden kann, wobei das Bundesgericht als gesetzliche Grundlage das Gesetz im materiellen Sinne meint (46).

- Als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung hat das öffentliche VKR auch vor der Eigentumsgarantie (Art. 22ter BV) stand zu halten. Mit der Frage, ob es sich überhaupt mit ihr verträgt, hat sich das deutsche Schrifttum eingehend befasst, ohne jedoch zu einer einheitlichen Auffassung vorzudringen. Während die deutsche Rechtssprechung mehrheitlich einen Verstoss gegen die Eigentumsgarantie verneint, da der Verpflichtete es ja in der Hand habe, den Vorkaufsfall herbeizuführen oder nicht (47), sehen Vertreter der gegenteiligen Meinung eine Verletzung der Eigentumsgarantie in der Tatsache, dass die öffentliche Hand mit der Ausübung des VKRs dem Grundeigentümer Land wegnehmen kann (48). Für das schweizerische Recht ist die Eigentumsgarantie in ihrem Doppelcharakter zu würdigen, einerseits objektiv als Instituts-, andererseits subjektiv als Bestandes- oder Vermögensgarantie betrachtet (49).

Als Institutsgarantie gewährleistet die Eigentumsgarantie das Institut des Privateigentums, erklärt es als unumstösslichen Verfassungsgrundsatz, schützt es vor Beseitigung (50). Das heisst konkret, dass der Gesetzgeber zwei Forderungen zu beachten hat, denen er auch beim öffentlichen VKR entsprechen muss, soll es nicht gegen die Eigentumsgarantie als Institutsgarantie verstossen:

- Der öffentlichen Hand darf der Erwerb von Grund und Boden nur in einem Rahmen gestattet werden, der den freien Grundstücksmarkt noch zulässt. Ein staatliches Bodenmonopol verträgt sich natürlich nicht mit der Eigentumsgarantie; auch verlöre die Entschädigungspflicht bei der Enteignung weitgehend ihren Sinn, da sich der Enteignete nicht durch ein dem abgetretenen gleichwertiges Ersatzstück schadlos halten könnte (51).

  Für das öffentliche VKR führt diese Forderung zu einer ersten Schranke: Ein gene-

---

44) GIACOMETTI, S. 226 und 242.
45) GIACOMETTI, S. 244/45.
46) BGE 74 I 46; HUBER, Oeffentlichrechtliche Gewährleistung, S. 103; GLAUSER, S. 32.
47) BGHZ vom 27.4.1960, NJW 13 (1960) 1343; EBERT, NJW 9 (1956) 1622 Anm. 40, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.
48) Siehe GLAUSER, S. 33.
49) GIACOMETTI, S. 507/8; zur Institutsgarantie vgl. auch MEIER-HAYOZ, Zbl 65 (1964) 8 und N. 213 zum System. Teil; HUBER, a.a.O., S. 57; zur Bestandesgarantie MEIER-HAYOZ, a.a.O.
50) GIACOMETTI, a.a.O.
51) MEIER-HAYOZ, Zbl 65 (1964) 8.

relles VKR des Gemeinwesens wäre unzulässig (52). Könnte die öffentliche Hand bei jedem Liegenschaftskauf ein VKR ausüben, stände der Verstaatlichung des Bodens und der vollständigen Kollektivierung nichts mehr im Wege. Der einzelne vermöchte der sukzessiven Aufhebung des freien Grundstückmarktes nicht mehr entgegenzuwirken.

Somit drängt sich die Frage auf, wie weit sich der räumliche Geltungsbereich erstrecken darf. GLAUSER hat sich damit befasst und ist zum negativ formulierten Ergebnis gelangt, dass ein öffentliches VKR auch nicht bezüglich des gesamten landwirtschaftlich genutzten oder des gesamten Baulandes generell eingeführt werden dürfte (53). Dem ist beizupflichten, wäre doch sonst dem Veräusserer auch die Möglichkeit genommen, andernorts gleichwertiges oder zumindest gleichartig verwendbares Land zu erwerben.

- Die Institutsgarantie verlangt im weiteren ein Mindestmass privater Verfügungs- und Nutzungsfreiheit an Grund und Boden, das unentziehbar ist (54). Durch ein g VKR wird zwar vorerst nur die Verfügungsfreiheit hinsichtlich der Freiheit der Partnerwahl und der Auflösung berührt; durch ein in bestimmten Zonen generell festgelegtes VKR würde sie jedoch bald vollständig aufgehoben, da bei jedem Verkauf, bei dem das VKR ausgeübt wird, ein Schritt mehr auf dem Weg zur Kollektivierung des Bodens getan würde. Hand in Hand damit ginge eine Einschränkung der Nutzungsfreiheit, da der Private nach erfolgter Verstaatlichung beim Erwerb eines Grundstücks vom Gemeinwesen u. U. Auflagen betreffend die Art und Weise der Nutzung hinnehmen müsste (55).

Mit der Eigentumsgarantie als Institutsgarantie verträgt sich also nur ein öffentliches VKR, das nicht das ganze kulturfähige Land beschlägt. Schwierigkeiten bereitet aber die flächenmässige Abgrenzung. Die sich mit der Zeit über das ganze Kantonsgebiet (56), voraussichtlich bald über das ganze Gebiet unseres Landes erstreckende Zonenordnung mit der hauptsächlichen Ausscheidung von Landwirtschafts- und Bauzonen, eignet sich dafür nicht, da sich sonst die Problematik eines generellen VKR an der gesamten Bodenfläche im Kleinen reproduziert. Will man dem Vorkaufsbelasteten die Möglichkeit offen halten, andernorts ein Grundstück zu erwerben, das er auf die gleiche Art nutzen kann wie das veräusserte, ist vorerst zu entscheiden, wie sich eine flächenmässige Aufteilung des Bodens in "klar abgegrenzte Zonen, in welchen das öffentliche VKR allenfalls Geltung hat und in Zonen, in welchen für dieses Institut kein Platz ist" (57), praktisch bewerkstelligen lässt. Die Frage nach der

---

52) Es würde nicht nur gegen die Eigentumsgarantie verstossen, sondern käme auch mit der Handels- und Gewerbefreiheit und der Niederlassungsfreiheit in Konflikt. Dazu MEIER-HAYOZ, a.a.O., S. 40ff. und GLAUSER, S. 33 und 43ff.

53) GLAUSER, S. 34.

54) MEIER-HAYOZ, Zbl 65 (1964) 8.

55) GLAUSER, S. 35.

56) Bern. BauG Art. 13ff.

57) GLAUSER, S. 35, bejaht die Möglichkeit einer solchen Zoneneinteilung, nennt aber auch keine Kriterien zur Abgrenzung.

Beschaffenheit zusätzlicher Bedingungen, an welche die Ausübung des VKRs zu knüpfen wäre, wird in jedem Falle einer sorgfältigen Abklärung bedürfen.

- Als Bestandesgarantie schützt die Eigentumsgarantie die Vermögensrechte des Privaten. Oeffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen dürfen dem Bürger nur auferlegt werden, wenn eine gesetzliche Grundlage für sie besteht und sie im öffentlichen Interesse liegen. Sie haben ferner, falls sie in ihren Wirkungen einer Enteignung gleichkommen, gegen Entschädigung zu erfolgen (58).

Bezüglich der gesetzlichen Grundlage kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden (59).

Der Anspruch auf Entschädigung ist in jedem VKR begriffsnotwendigerweise enthalten. Auch das Gemeinwesen hat für das abzutretende Land eine Gegenleistung zu erbringen. Der Eigentumsgarantie als Vermögenswertgarantie wird allerdings nur die volle Schadloshaltung des Vorkaufsbelasteten gerecht; sie aber ist nur gewährleistet, wenn dem Betreffenden die Summe ausbezahlt wird, die er bei einem freihändigen Verkauf hätte lösen können (60). Ein illimitiertes VKR genügt also dem Anspruch auf volle Entschädigung. Der öffentlichen Hand wäre indessen vor allem mit einem limitierten VKR gedient. An eine absolute Limitierung mit zum voraus festgesetzten Preisen, pro m^2 zum Beispiel, ist dabei nicht zu denken. Sie würde binnen kurzem zum Versiegen der Grundstückverkäufe führen und wäre verfassungswidrig. Preisschwankungen dürfen nicht im voraus ausgeschaltet werden. Bei einer relativen Limitierung ist jedoch zu beachten, dass dem Veräusserer die Freiheit zur Gestaltung des Hauptpunktes des Vertrags, der Kaufpreisbestimmung, genommen wird, wobei im Vergleich zum Verkehrswert ohnehin nur eine Reduktion in Betracht fällt (61). Ein solches VKR ähnelte nun aber so stark der Enteignung, dass auch die Preisbestimmung derjenigen im Enteignungsverfahren angeglichen werden müsste; denn eine staatliche Preisfestsetzung darf, soll sie mit der Eigentumsgarantie überhaupt vereinbar sein, nicht einseitig von der interessierten Behörde ausgehen, sondern von einem unabhängigen Gericht, einer Schätzungskommission beispielsweise. Zumindest müsste ein Verwaltungsentscheid zur Ueberprüfung an eine unabhängige Instanz weitergezogen werden können (62).

Nicht leicht zu beurteilen ist, wann und wieweit sich ein g VKR auf das öffentliche Interesse abzustützen vermag. Das sog. öffentliche Interesse oder Allgemeinwohl ist begrifflich schwer zu fassen (63). Zudem kann sein Vorliegen nicht generell ein für allemal festgestellt werden; es bedarf im Gegenteil in jedem konkreten Fall er-

---

58) BGE 88 I 83 = Pr 51 Nr. 134; 88 I 175 = Pr 52 Nr. 5; 89 I 104 = Pr 52 Nr. 120; 89 I 460 = Pr 53 Nr. 39; 97 I 795 = Pr 61 Nr. 78; 98 Ia 46 = Pr 61 Nr. 101.

59) Siehe oben, S. 132f.

60) MEIER-HAYOZ, a.a.O.

61) GLAUSER, S. 27.

62) MEIER-HAYOZ, a.a.O., S. 9; GLAUSER, S. 31.

63) Vgl. dazu BLANC Jean-Pierre, Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, Diss. Zürich 1967

neuter Ueberprüfung (64). Anerkennt man für die staatlichen Kompetenzen das Prinzip der Subsidiarität, hängt die Entscheidung darüber, ob ein öffentliches Interesse zu bejahen ist oder nicht, von der Beantwortung der Frage ab, ob die Erfüllung einer Aufgabe dem einzelnen überlassen werden kann oder ob sie dem Staate obliegt. Die Ansicht darüber wechselt zwangsläufig nach Ort und Zeit. Seit Jahren besteht die Tendenz, dem Staate einen stets wachsenden Aufgabenkreis zuzuschieben, vom Staat stets vermehrte Leistungen zu fordern. Das hat, auch wenn die Doktrin einhellig an einer restriktiven Interpretation des öffentlichen Interesses festhält, in der Rechtsprechung doch zu einer Ausweitung des Begriffs geführt (65), und es ist durchaus denkbar, dass in Fällen, wo heute das Vorliegen eines öffentlichen Interesses noch verneint, es morgen bereits bejaht werden wird (66).

Aus dem Subsidiaritätsprinzip leitet sich noch eine weitere rechtsstaatliche Schranke für öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen ab: der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der vom Bundesgericht auch unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses geprüft wird (67). Unverhältnismässig ist der Eingriff in das Eigentum dann, wenn das gleiche Ziel mit einer milderen Beschränkung ebenfalls erreicht werden kann (68). Beim folgenden Vergleich von rechtlich möglichem und rechtsstaatlich erlaubtem Inhalt öffentlicher VKRe wird auch diesem Aspekt stets Beachtung zu schenken sein.

5.3 Zweck, Eignung und Zulässigkeit öffentlicher VKRe

5.3.1 Der Zweck der Bekämpfung der Bodenspekulation (69) und der Stabilisierung der Bodenpreise

Die beiden Teilziele sind nicht voneinander zu trennen. Zur Bekämpfung der Bodenspekulation ist die Einflussnahme auf die Grundstückspreise unumgänglich. Dass heute angesichts der Hochkonjunktur und der unverhältnismässig ansteigenden Bodenpreise die lenkende Intervention des Staates im öffentlichen Interesse liegt, lässt sich leider kaum mehr überzeugend bestreiten (70). Die Gesetze der freien Marktwirt-

---

64) MEIER-HAYOZ, a.a.O., S. 10.
65) MEIER-HAYOZ, a.a.O.; BGE 88 I 253 = Pr 52 Nr. 50; 89 I 460 = Pr 53 Nr. 39.
66) GLAUSER, S. 36; MEIER-HAYOZ, N. 246 zum System. Teil.
67) MEIER-HAYOZ, Zbl 65 (1964) 10; BGE 84 I 173 = Pr 47 Nr. 132; BGE 97 I 799 = Pr 61 Nr. 78; BGE 98 I 799 = Pr 62 Nr. 123.
68) HUBER, Oeffentlichrechtliche Gewährleistung, S. 102; BGE 77 I 110; 79 I 230.
69) Unter "Bodenspekulation" verstehen wir den Erwerb von Grundstücken in der Absicht, sie bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit mit Gewinn weiterzuveräussern (BGE 83 I 313 E. 2); zur Kontroverse um eine Erweiterung des Begriffs siehe BGE 87 I 239/40 und Kritik LIVER dazu in ZBJV 98 (1962) 439.
70) MEIER-HAYOZ, a.a.O.; KUTTLER Alfred, Die Bodenverteuerung als Rechtsproblem, ZSR 83 (1964) II. Halbband, 133ff.

schaft allein vermögen der Ueberhitzung nicht mehr Herr zu werden. Eine Stabilisierung der Bodenpreise zieht indessen sofort den Rückgang der Spekulation nach sich, die ja weniger Ursache als Folge der Preissteigerung ist (71).

Vom öffentlichen Interesse her gesehen liesse sich also gegen ein g VKR zur Dämpfung des Preisniveaus nichts einwenden. Auch hält MEIER-HAYOZ dafür, dass angesichts des Ermessensspielraums, der dem Gesetzgeber auf Grund der Bundesverfassung bei der Wahl der Eingriffsmittel zusteht, ein limitiertes VKR allein den Rahmen des Willkürverbotes nicht überschritte, sofern es dem Gemeinwesen freistände, das erworbene Land wieder zu veräussern. Erst ein zusätzliches Weiterverkaufsverbot, wie es in der kantonalzürcherischen Initiative vorgesehen war (72), würde gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen. Aber abgesehen davon, dass ohnehin nur ein limitiertes VKR den gewünschten Effekt der Preisstabilisierung herbeizuführen vermöchte (73), ist u.E. auch ein solches unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit als ungeeignet abzulehnen (74), da eine direkte Preisfestsetzung einen radikalen Eingriff in die Vertragsfreiheit darstellt. Dazu sollte nur gegriffen werden, wenn eine Preisstabilisierung nicht mehr indirekt durch Steuerung der Preisbildungsfaktoren, entweder durch Verknappung der Nachfrage oder Vergrösserung des Angebots, erreicht werden kann. Mittel zur Beeinflussung von Angebot und Nachfrage im Grundstückmarkt, die einen weniger schweren Eingriff ins Privateigentum darstellen, müssten sich finden lassen (75); fiskalische Massnahmen, eventuell Sondersteuern, wären ins Auge zu fassen.

5.3.2 Der Zweck der Bekämpfung der Wohnungsnot

Immer mehr hat sich die Ansicht durchgesetzt, die Förderung des sozialen Wohnungsbaus gehöre zum Aufgabenbereich des Staates (76). Deutlich manifestiert hat sich diese Tendenz in der sog. "Denner-Initiative", welche die "Bildung eines Wohnungsbaufonds zwecks Förderung des Wohnungsbaus, des Wohnungseigentums und für die Sicherung angemessener Wohnungsmietzinse" postulierte (77). Das Volksbegehren, am 4. Februar 1971 eingereicht, wurde am 5. März 1972 allerdings klar zugunsten des

---

71) SIEBER, WR 9 (1957) 73ff.; GLAUSER, S. 36; MEIER-HAYOZ, a.a.O., S.14.
72) MEIER-HAYOZ, a.a.O., S. 15.
73) Zu rigoros GLAUSER, S. 40; ein relativ limitiertes VKR mit Preisbestimmung durch ein unabhängiges Gericht ist mit der Eigentumsgarantie als Bestandesgarantie so gut vereinbar wie das Enteignungsrecht.
74) Ein unlimitiertes VKR triebe im Gegenteil die Preise in die Höhe, da es die Parteien direkt einlädt, sich durch simulierte überhöhte Preise auf Kosten des Staates unrechtmässig zu bereichern. Ebenso GLAUSER, S. 29.
75) MEIER-HAYOZ, a.a.O., S. 16.
76) Vgl. auch MEIER-HAYOZ, a.a.O., S. 33.
77) Bbl 1971 I 320ff.; KUENDIG Georg, "Denner-Initiative" - masslos und unannehmbar, Separatabdruck aus der Schweizerischen Handelszeitung, Nr. 45, vom 11. November 1971.

bundesrätlichen Gegenentwurfs verworfen (78); heute ermächtigt Art. 34sexies BV den Bund, Massnahmen zur Förderung, insbesondere zur Verbilligung des Wohnungsbaues sowie des Erwerbs von Wohnungs- und Hauseigentum zu treffen (79). Steht somit heute das öffentliche Interesse am sozialen Wohnungsbau nicht mehr zur Diskussion, so ist doch der Nachweis des öffentlichen Interesses an einem VKR des Gemeinwesens als Mittel zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus noch nicht erbracht. Zwar hat das Bundesgericht in BGE 88 I 248ff. = Pr 52 Nr. 50 ein öffentliches VKR zwecks Erstellung preisgünstiger Wohnungen als zulässig erklärt. Kritik an diesem Entscheid ist indessen nicht ausgeblieben (80). In der Tat lässt sich ein solcher Eingriff als im öffentlichen Interesse liegend nur rechtfertigen, wenn er nicht nur einigen Privaten, sondern dem Gemeinwesen selbst dient - z.B. um den gestörten oder bedrohten Frieden wiederherzustellen bzw. zu sichern - oder wenn sich eine ausgesprochene Notsituation ergeben hat. Von einer so ausgeprägten Notlage kann u.E. aber auch heute noch nicht gesprochen werden. Die Wohnungsnot ist immer noch keine absolute, sondern eine relative (81). Höchstpreise werden zwar für Wohnungen im Stadtgebiet verlangt und auch bezahlt; noch hat aber jeder die Möglichkeit, ausserhalb der Stadt in angrenzenden Gemeinden preisgünstig zu wohnen, wenn er den längern Weg zur Arbeit nicht scheut. So lange als möglich bleibe auch der Wohnungsbau Sache privater Unternehmung. Das schliesst staatliche Massnahmen zur Linderung der Wohnungsnot nicht aus. Sie sind sogar wünschenswert, sollten sich jedoch weiterhin im Rahmen des Verhältnismässigen bewegen. Der Subventionierung, ja sogar der Mietzinskontrolle ist vor öffentlichen VKRen der Vorzug zu geben, da der Grundstücksmarkt dadurch nicht direkt beeinflusst wird (82).

5.3.3 Der Zweck der Förderung der Landes-, Regional- und Ortsplanung (83)

Angesichts der steigenden Bevölkerungsdichte ist die absolute Notwendigkeit planerischer Massnahmen heute unbestritten. Besteht nun der Planungszweck in der Festlegung der Nutzungsart des Bodens allein, verstösst die Einräumung eines VKRs an die Gemeinden gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit; denn der mit der Planung angestrebte Erfolg ist unabhängig vom Anteil des der öffentlichen Hand gehörenden Bodens. Nutzungsvorschriften sind hinreichend; das Gemeinwesen ist nicht darauf

---

78) BBl 1972 I 1309/1832.
79) Art. 34sexies Abs. 1 BV (BBl 1972 I 1314).
80) Vgl. HUBER, ZBJV 99 (1963) 299f.
81) MEIER-HAYOZ, a.a.O., S. 34; GLAUSER, S. 41.
82) Im gleichen Sinn GLAUSER, a.a.O.
83) Seit der Annahme des Art. 22quater BV am 14. September 1969 werden die Ausdrücke Landes-, Regional- und Ortsplanung mehr und mehr durch das Wort "Raumplanung" ersetzt. Dieser dem deutschen Sprachbereich entstammende Rechtsbegriff umschreibt im wesentlichen denselben Gegenstand wie die herkömmlichen Bezeichnungen; unter Raumplanung ist das Mittel zu verstehen, "das dem Ziele der zweckmässigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung dient" (LENDI H., Rechtswissenschaft und Raumplanung, Zbl 72 (1971) 161/62).

angewiesen, den Boden selbst zu besitzen (84). Nur im Bereich der Eigenproduktion wirtschaftlicher Güter besteht für die öffentliche Hand die Notwendigkeit, Eigentum an Grund und Boden zu erwerben. Wollte man das ihr zu diesem Zweck meist gewährte Enteignungsrecht durch ein öffentliches VKR ersetzen oder ergänzen, müsste die Ausübung an genau umschriebene Bedingungen geknüpft werden, die in ihrer Wirkung den dem Enteignungsverfahren eingebauten Sicherungen entsprächen (85). Im Normalfall kann also die Raumplanung auf g VKRe verzichten (86).

5.3.4 Der Zweck der Verhinderung späterer Expropriation

Im Vergleich zur Enteignung ist das öffentliche VKR als wesentlich milderer Eingriff zu werten, steht es doch im Belieben des Vorkaufsbelasteten, den Vorkaufsfall herbeizuführen oder nicht, während die Enteignung im allgemeinen gegen den Willen des Betroffenen erfolgt (87). Sind im Einzelfall die Voraussetzungen zur Enteignung gegeben, sind also öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit zu bejahen, so träfe gleiches auch für die Ausübung eines öffentlichen VKRs zu. Theoretisch liesse sich gegen die Einräumung eines öffentlichen VKRs somit nichts einwenden; doch es fehlt an der praktischen Notwendigkeit. Nach einem Grünzonenbeschluss beispielsweise steht dem Gemeinwesen der Weg zur Enteignung offen; die betroffenen Grundeigentümer sind berechtigt, die volle Entschädigung umgehend zu verlangen. Hier läge es im Interesse der öffentlichen Hand, vorläufig nur ein VKR zu haben, also auf den Vorkaufsfall zu warten und damit die Zahlungspflicht hinausschieben zu können. Der Grundeigentümer dagegen dürfte letztlich doch der sofortigen Enteignung den Vorzug geben, da er ja ohnehin keinen Käufer mehr fände. Bevorstehende Enteignungen via öffentliches VKR zu umgehen, drängt sich demnach keineswegs auf (88).

5.3.5 Der Zweck des Landerwerbs für öffentliche Zwecke; Schaffung von Landreserven

Ist der angestrebte Zweck ein öffentlicher, so steht das öffentliche Interesse nicht in Frage; ist ausserdem Landerwerb beabsichtigt, ist ein VKR ebenso fraglos ein adaequates Mittel, das als mildere Eigentumsbeschränkung der Enteignung vorzuziehen ist. Die Gefahr liegt bei dieser Zielsetzung im Begriff des "öffentlichen Zwecks"; er ist als unbestimmter Rechtsbegriff wertausfüllungsbedürftig (89) und ist deshalb im Gesetz eindeutig zu umschreiben. Nur bei Vorliegen des konkreten Verwaltungszwecks, der für das Grundstück die nachprüfbare Verwendung vorsieht, dürfte das

---

84) Unter diesem Gesichtspunkt ist auch das Ziel, vermittelst öffentl. VKRe das Angebot auf dem Bodenmarkt schlechthin unter Kontrolle zu halten, abzulehnen. Vgl. oben, S. 132 Pkt. c).
85) MEIER-HAYOZ, a.a.O., S. 35/36.
86) Ebenso GLAUSER, S. 42f.
87) GLAUSER, S. 42.
88) Gleicher Ansicht mit abweichender Begründung GLAUSER, a.a.O.
89) Dazu GIACOMETTI, S. 65ff.

VKR ausgeübt werden (90). Zu denken ist dabei an die Schaffung von im Zonenplan ausgeschiedenen Frei- und Grünflächen (91) oder an das Bereitstellen von Boden für öffentliche Bauten, Altersheime, Schulen, Kindergärten u.s.f. (92). Der besondere Verwaltungszweck müsste zudem im Einzelfall durch eine übergeordnete Instanz überprüfbar sein, ansonsten sich die öffentliche Hand unzulässig Bodenreserven anlegen könnte (93). Sind jedoch diese Sicherungen im gesetzgeberischen Erlass eingebaut, so scheint uns ein VKR des Gemeinwesens sogar sehr geeignet, um Land zu erwerben, das es früher oder später einmal benötigen wird, um die ihm obliegenden Aufgaben im Dienste der Gesellschaft zu erfüllen (94). Auch ein Blick auf die historischen Zielsetzungen lässt erkennen, dass hier erstmals wieder Parallelen auftauchen: Erstens ist der Zweck des g VKR direkt auf Landerwerb gerichtet, und zweitens sollen grössere Bodenflächen in einer Hand, der öffentlichen Hand, vereinigt werden, zwar nicht mehr nur, um Zersplitterung zu verhindern und Vermögenswerte zusammenzuhalten, wohl aber um Einrichtungen zu schaffen, die dem Privaten allein heute nicht mehr überlassen werden können.

5.3.6 Der Zweck der Sicherung des Subventionen ausschüttenden Gemeinwesens

Wenig überzeugend erscheint der Versuch, die Höhe der Mietzinse in subventionierten Bauten durch ein öffentliches VKR beeinflussen zu wollen. Ueber die mit der entsprechenden Verordnung im Kanton Zürich gemachten praktischen Erfahrungen haben wir leider keine Kenntnis (95). Es ist aber schwer einzusehen, wie durch eine Verfügungsbeschränkung das Mass der Nutzung gesteuert werden soll, wie ferner das vorkaufsberechtigte Gemeinwesen überhaupt zum Zuge kommt, wenn der Eigentümer die Liegenschaft gar nicht veräussern will. Kann das vorkaufsberechtigte Gemeinwesen auf den Zeitpunkt des Vorkaufsfalles einwirken, haben wir es mit einem Kaufsrecht zu tun (96); kann das Gemeinwesen dank zusätzlichen Vereinbarungen die Mietzinse kontrollieren, so spielt das g VKR nur eine Nebenrolle. Das soll nun nicht heissen, dass g VKRe an subventionierten Bauten schlechthin von Uebel sind - mit der Aner-

---

90) MEIER-HAYOZ, a.a.O., S. 36.

91) Vgl. Art. 20 des bernischen Baugesetzes, das seit dem 1. Januar 1971 in Kraft ist.

92) Für die Verhältnisse in Zürich vergleiche GLAUSER, S. 37.

93) MEIER-HAYOZ, a.a.O.

94) Aus dieser Sicht wäre auch die Zweckmässigkeit eines g VKRs der Meliorationsgenossenschaften zu bejahen, wie es im Agrarrecht der E 1970 in Art. 17 vorgesehen hatte. Das öffentliche Interesse am Erwerb eines Grundstücks, das in einem Güterzusammenlegungsverfahren benötigt wird, ergibt sich aus dem Zweck der Bodenverbesserung, der Vergrösserung und Abrundung erhaltungswürdiger Klein- und Mittelbetriebe sowie der Schaffung neuer bäuerlicher Siedlungen. Vgl. dazu LIVER, Zbl 71 (1970) 172; JOST, Zbl 69 (1968) 444; KAUFMANN, WR 15 (1963) 4; unten, § 14, S. 118 Anm. 51.

95) VO des RR über die Ausrichtung von Arbeitsbeschaffungsbeiträgen an Wohnbauten vom 3.12.1945, ZBGR 27 (1946) 335/36; siehe oben, S. 127.

96) Unten, § 18, S. 159 und § 19, S. 192f.

kennung des sozialen Wohnungsbaus als öffentliche Aufgabe sind sie innerhalb klar umrissener öffentlicher Zwecksetzung vereinbar -, sondern dass vielmehr Ziele anvisiert werden müssen, denen ein öffentliches VKR tatsächlich dienen kann, z. B. der Erwerb subventionierter Wohnbauten zur Vergrösserung des Angebotes für Alterswohnungen.

5.3.7 Der Zweck der Erhaltung wertvoller Gegenstände des Natur- und Heimatschutzes

Dieses VKR des Gemeinwesens hebt sich deutlich von den bisher besprochenen ab. Einmal umfasst es neben Grundstücken auch Fahrhabe, und im weitern dient es in zweifacher Hinsicht als Vorbild für eine sinnvolle Verwendung des g VKRs als öffentliches VKR.

Betrachten wir erstens den klar formulierten Zweck: Erhaltung besonders gearteter Vermögenswerte. Wir finden darin erneut einen Teilaspekt der geschichtlich überlieferten Doppelfunktion des g VKRs, des Schutzes der kleinen Gemeinschaft und des Zusammenhalts von Vermögen. Wie beim Landerwerb für öffentliche Zwecke geht es um Schaffung oder Erhaltung eines Vermögenskomplexes, zwar nicht in einer privaten Gemeinschaft, aber doch in einer Hand, der öffentlichen Hand, zugunsten der Allgemeinheit. Vergleicht man die verschiedenen Zielsetzungen öffentlicher VKRe in heutiger Zeit mit den althergebrachten, so fällt auf, dass sich das VKR als Rechtsinstitut nicht beliebig "umfunktionieren" lässt, sondern stets als adaequat verwendbar erscheint, wenn mindestens eine der beiden historischen Seiten des VKR ausgenutzt werden soll. Will man nun künstlerisch, historisch oder wissenschaftlich wertvolle Objekte der Nachwelt erhalten, so ist ihr Erwerb nötig; denn besondere Nutzungsvorschriften könnten zwar für Grundstücke, nicht aber für Fahrnis erlassen werden. Die Regelung eines Enteignungsverfahrens für solche im Privateigentum stehenden Gegenstände wäre umständlich, die Enteignung selber unverhältnismässig, solange der Eigentümer die Sache bewahrt und sich nicht von ihr trennen will. Mit der Eigentumsgarantie jedoch vereinbar ist ein VKR für den Fall, dass die Gefahr der Zerstörung droht, sei es, dass der Eigentümer den Gegenstand veräussert, sei es, dass er die Kosten für den Unterhalt nicht mehr aufbringt. Damit kommen wir zur zweiten Richtlinie für die Statuierung öffentlicher VKRe, die wir dem Art. 196 des appenzellischen EG entnehmen können: Die genaue Regelung der Geltendmachung des VKRs, die Festlegung der Bedingungen, an welche die Ausübung geknüpft ist, die Art der Preisbestimmung und die Verwirkungsfrist sind vorzuschreiben. Fehlen diese Daten, weist einzig die Bezeichnung "VKR" oder "Erwerbsrecht" auf die Rechtsnatur des Instituts hin, stellt sich bei der Anwendung der Bestimmung sonst stets wieder die Frage nach den zur Anwendung kommenden Rechtsnormen.

6. Andere VKRe des öffentlichen Rechts und anwendbares Recht

Diese schon mehrmals gestreifte Frage nach dem anwendbaren Recht ist de lege lata in jedem Einzelfall erneut zu prüfen. Wir wollen jedoch versuchen, einige allgemeine Richtlinien aufzuzeigen.

Vorgängig ist indessen noch auf einzelne andere VKRe des eidgenössischen oder kantonalen Rechts hinzuweisen, die nicht unter die Kategorie der bisher als "öffentliche VKRe" bezeichneten VKRe fallen. Es handelt sich dabei um VKRe, die, obwohl im Zusammenhang mit öffentlichrechtlicher Materie geregelt, nicht der öffentlichen Hand zustehen.

So räumte das erste eidg. Expropriationsgesetz, das BG betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850 (97), dem Enteigneten in Art. 47 ein "Rückforderungsrecht" für den Fall ein, dass ein abgetretenes Recht binnen zweier Jahre nicht oder zweckentfremdet verwendet wurde. Gegebenenfalls hatte der Enteignete die Entschädigungssumme oder, wenn das abgetretene Recht um einen niedrigeren als den für die Abtretung bezahlten Preis veräussert werden sollte, diesen tieferen Betrag zu entrichten. - Im Enteignungsgesetz des Bundes von 1930 (98) ist die entsprechende Bestimmung nicht mehr enthalten (99).

Heute kennt noch der Kanton Zürich das g VKR des Enteigneten für den Fall, dass das abgetretene Recht zu einem unter der Entschädigungssumme liegenden Preis weiterveräussert werden soll (100), und auch die Kantone Tessin und Neuenburg gewähren dem Expropriierten unter bestimmten Voraussetzungen ein g VKR für die Dauer von fünf bzw. zehn Jahren nach erfolgter Abtretung (101). Luzern dagegen gibt dem Anstösser ein VKR an dem nach Art. 659 ZGB neu gebildeten Land, das dem Staate gehört (102).

Vorkaufsberechtigt ist in den genannten Fällen stets der Private; Zweck des VKRs ist die Absicherung des Enteigneten gegen zweckfremde Verwendung des Grundstücks bzw. die in einer vernünftigen Bodenpolitik liegende Bevorzugung des Anstössers vor Dritterwerbern.

Nach welchen Gesichtspunkten sind nun diese VKRe zu handhaben? Sind sie den öffentlichen VKRen gleichzustellen oder den g VKRen des ZGB? MEIER-HAYOZ bemerkt nur am Rande, wie schon erwähnt, die auf öffentlichem Recht des Bundes und der Kantone beruhenden VKRe seien nicht von den Normen des ZGB beherrscht, aber oft analog zu behandeln (103). U.E. kann sich der Praktiker de lege lata auf folgende Faustregeln abstützen:

---

97) BBl 1850 II 47ff.; siehe auch KOENIG, Ueber das Rückforderungsrecht des Expropriaten, ZBJV 11 (1875) 65ff.

98) BBl 1930 I 813.

99) HESS Fritz, Das Enteignungsrecht des Bundes, Bern 1935, Vorbemerkungen zu Art. 102, S. 244; MEIER-HAYOZ, N. 22 zu Art. 682 ZGB.

100) § 60 des zürcherischen Gesetzes betreffend die Abtretung von Privatrechten vom 30. Nov. 1879, S. 239; MEIER-HAYOZ, N. 22 zu Art. 682 ZGB.

101) Legge d'espropriazione dell'8 marzo 1971, Art. 61ff. und Loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique du 21 avril 1913, Art. 61; vgl. auch MEIER-HAYOZ, a.a.O.

102) § 98 Abs. 2 des luzern. EG z ZGB vom 21. März 1911; MEIER-HAYOZ, a.a.O.

103) MEIER-HAYOZ, N. 20/22 zu Art. 682 ZGB; oben, S. 126.

a) Für die im ZGB geregelten g VKRe gelten die spärlichen Regeln des ZGB, soweit sie sich auf g VKRe anwenden lassen (104).
b) Für die auf öffentlichem Recht beruhenden g VKRe, die privaten Eigentümern, natürlichen oder juristischen Personen, nicht aber dem Gemeinwesen, zustehen, sind auch die Regeln des ZGB massgebend. Inhaltlich entsprechen diese VKRe den zivilrechtlichen; das öffentliche Recht könnte aber Sondervorschriften aufstellen.
c) Für die öffentlichen VKRe, die VKRe der öffentlichen Hand, ist mangels anderer Grundlagen ebenfalls auf die Regeln des ZGB abzustellen. Durch verschiedenartige Zielsetzungen weichen die öffentlichen VKRe inhaltlich aber oft erheblich von den g VKRen des Zivilrechts ab; deshalb sollte das öffentliche Recht Sondervorschriften aufstellen.

Das will nun nicht besagen, vollständig andere Regeln beherrschten die öffentlichen VKRe. Falls die im Zusammenhang mit der Aenderung des bäuerlichen Zivilrechts geplante Revision des ZGB zustandekommt, welche rechtsgeschäftliche und gesetzliche VKRe auseinanderhalten und die jahrzehntelange Erfahrung von Doktrin und Praxis in sich schliessen soll, wird der Gesetzgeber für zukünftige Spezialerlasse öffentlichrechtlicher Natur von der privatrechtlichen Regelung des g VKR im ZGB auszugehen haben. Das kann entweder für jedes einzelne einzuführende öffentliche VKR in Würdigung der besonderen konkreten Umstände geschehen - wie wir es bereits im appenzellischen EG vorfinden - oder allenfalls generell für alle öffentlichen VKRe, was jedoch bedingte, dass der Gesetzgeber den Rahmen der möglichen Zielsetzungen im voraus genau abklärte und absteckte. Der ersten Lösung wäre de lege ferenda der Vorzug zu geben, da sich nach unserer Auffassung nur eine beschränkte Anzahl von Zielsetzungen durch öffentliche VKRe sinnvoll verfolgen lässt, Zielsetzungen, die, wie wir gesehen haben, von denen des Privatrechts nur in Einzelheiten abweichen dürften (105). Doppelspurigkeit im Sinne einer generellen Regelung für privatrechtliche und einer generellen Regelung für öffentliche VKRe dürfte nur Verwirrung stiften.

---

104) Mit den Abweichungen befasst sich die vorliegende Arbeit.
105) Die Bestimmung des ZGB könnte etwa lauten: "Die öffentlichen VKRe unterstehen den Normen der g VKRe des Privatrechts, soweit die Spezialgesetzgebung keine Abweichungen enthält."

5. Kapitel:

HANDHABUNG UND GRUNDBUCHLICHE BEHANDLUNG G VKRe

§ 16 ENTSTEHUNG G VKRe

Als gesetzliche Verfügungsbeschränkung entsteht das g VKR ipso iure mit dem es in sich schliessenden "Grundverhältnis", also mit der Schaffung von Miteigentum an Grundstücken bzw. mit der Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechts (1). Entsprechend entsteht das bäuerliche VKR: Sobald ein Grundstück die im EGG aufgestellten Bedingungen erfüllt, als landwirtschaftliches Gewerbe gemäss Art. 2 EGG zu qualifizieren ist, bilden es und wesentliche Teile davon das Objekt des g VKRs. Analoges gilt für die g VKRe des öffentlichen Rechts: Beruhend auf der Grundlage eines Gesetzes im materiellen Sinn erfassen sie sämtliche im Gesetz umschriebenen Vorkaufsobjekte (2).

Von der Entstehung des g VKRs ist die Entstehung des Rechts auf Ausübung zu unterscheiden. Die Möglichkeit der Geltendmachung des VKRs hängt vom Eintritt des Vorkaufsfalls ab, im allgemeinen also von der Veräusserung des Vorkaufsobjekts (3).

Während dem rechtsgeschäftlichen VKR erst durch die Vormerkung im Grundbuch realobligatorischer Charakter verliehen wird, bedarf das g VKR der Vormerkung nicht. Die verstärkte Wirkung ist dem g VKR als gesetzlicher Realobligation immanent (4). Eine Vormerkung des g VKRs im Grundbuch ist deshalb nicht nur nicht notwendig, sondern gar nicht zulässig (5).

Der Bestand einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung ist aus dem Gesetz zu ersehen und wird dementsprechend als allgemein bekannt vorausgesetzt. Wer ein mit einem g VKR belastetes Objekt erwirbt, muss um diese Belastung wissen. Ignorantia iuris nocet: Unkenntnis schützt den Käufer weder vor Entwehrung durch den gesetzlich Vorkaufsberechtigten (6) noch vor weitergehenden Konsequenzen. So läuft er beispielsweise Gefahr, für allfälligen Schaden ersatzpflichtig zu werden, der bei der Weiterveräusserung der gesetzlich vorkaufsbelasteten Sache infolge Verletzung der Anzeigepflicht entsteht (7).

---

1) MEIER-HAYOZ, N. 35 zu Art. 682 ZGB.
2) GLAUSER, S. 48ff.
3) MEIER-HAYOZ, a.a.O.; unten, § 18, S. 148ff.
4) Siehe oben, § 2, S. 42ff.
5) Art. 680 Abs. 1 ZGB; HUBER, Erl II 430; MEIER-HAYOZ, N. 37 zu Art. 682 ZGB; HAAB, N. 52 zu Art. 681/82 ZGB.
6) MEIER-HAYOZ, a.a.O.
7) Unten, § 18, S. 160ff.

Auf eine Besonderheit der Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechts ist hinzuweisen. Obwohl die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen gemäss Art. 680 Abs. 1 ZGB - gemeint sind die unmittelbaren gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen - keines Grundbucheintrags bedürfen, besteht in Ausnahmefällen das Bedürfnis, sie um der Rechtssicherheit willen mit Hilfe des Grundbuches jedermann zur Kenntnis zu bringen. Art. 962 ZGB stellt es deshalb den Kantonen anheim, für mittelbare öffentlichrechtliche Beschränkungen die Anmerkung vorzuschreiben (8). Die Anmerkung eignet sich am besten, da ihr von Bundesrechts wegen weder öffentlicher Glaube noch konstitutive Wirkung zukommt (9). Am Grundsatz, dass g VKRe des öffentlichen Rechts sowenig einer Vormerkung bedürfen wie diejenigen des Privatrechts, ja der Vormerkung gar nicht fähig sind, ändert sich damit aber nichts (10).

---

8) Gemäss Art. 962 Abs. 2 ZGB bedürfen solche Vorschriften zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundesrates; vgl. BUSER Gustav, Eigentum und öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen, Zbl 57 (1956) 227.

9) MEIER-HAYOZ, N. 73ff., insbes. 77 zu Art. 680 ZGB.

10) Dazu GLAUSER, S. 25/26. In Deutschland ist demgegenüber entschieden worden, dass das öffentliche VKR des BBauG zwar nicht eintragungsbedürftig, wohl aber der Eintragung zugänglich sei, da es trotz seines öffentlichrechtlichen Charakters mit den Mitteln und in den Formen des Privatrechts durchgesetzt werde. Beschluss des Berliner Kammergerichts vom 3.5.1962, NJW 15 (1962) 1477; gegen die Eintragungsfähigkeit LUTTER Marcus, Vorkaufsrechte nach dem Bundesbaugesetz und Grundbuchsperre, MDR 16 (1962) 177ff.

§ 17 UEBERTRAGBARKEIT UND VERERBLICHKEIT

Logische Folge der Entstehung g VKRe als gesetzliche Realobligationen sind Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit. Dass Vorkaufsberechtigung bzw. -verpflichtung mit der sachenrechtlichen Beziehung zum Vorkaufsobjekt unlösbar verknüpft sind, also den jeweiligen Eigentümer bzw. den Baurechtsinhaber berechtigen und verpflichten, steht einer gesonderten Abtretung entgegen (1). Jeder Vorkaufsverpflichtete könnte sich mit Erfolg dem Vorkaufsanspruch eines Dritten entgegensetzen, der nicht aufgrund des Gesetzes vorkaufsberechtigt ist. Aus demselben Grunde sind g VKRe, im Gegensatz zu den rechtsgeschäftlichen, auch nicht vererblich, weder auf der Aktiv- noch auf der Passivseite (2). Falls Erben anstelle des Erblassers durch ein g VKR berechtigt oder verpflichtet werden, geschieht das nicht ihrer Erbenqualität wegen, sondern weil sie auf diesem Wege ins Grundverhältnis eingetreten sind, weil sie Miteigentümer oder Baurechtsinhaber (3), Eigentümer eines landwirtschaftlichen Heimwesens oder eines mit einem öffentlichen VKR belasteten Grundstücks geworden sind (4).

---

1) MEIER-HAYOZ, N. 53 und 55 zu Art. 682 ZGB. Auch das rechtsgeschäftliche VKR ist nach herrschender schweizerischer Lehre seines vorwiegend persönlichen Charakters wegen nicht übertragbar; anderslautende Parteivereinbarungen sind jedoch möglich. Vgl. MEIER-HAYOZ, N. 97ff. zu Art. 681 mit Literaturhinweisen. - Das EGG enthält ein explizites Abtretungsverbot in Art. 9 Abs. 1.

2) MEIER-HAYOZ, N. 105 zu Art. 681 ZGB.

3) WIEDERKEHR, S. 111; MEIER-HAYOZ, N. 54 zu Art. 682 ZGB.

4) GLAUSER, S. 64ff. Die Frage der Vererblichkeit auf aktiver Seite stellt sich beim öffentlichen VKR natürlich nicht.

§ 18 DIE GELTENDMACHUNG DES G VKRs

1. Die Voraussetzungen

Die objektive Voraussetzung zur Ausübung des g VKRs wird durch den Eintritt des Vorkaufsfalles geschaffen, d.h., analog zum rechtsgeschäftlichen VKR, im allgemeinen durch den Abschluss eines Kaufvertrags des Vorkaufsverpflichteten mit einem Dritten. Die subjektive Voraussetzung besteht in der genauen und sicheren Kenntnis des Vorkaufsfalles (1).

2. Der Vorkaufsfall

2.1 Vorbemerkungen

Das g VKR bringt, da unübertragbar und unvererblich, dem Berechtigten erstmals einen vermögenswerten Vorteil, wenn er es ausüben kann, wenn also ein Vorkaufsfall vorliegt. Mangels einer Legaldefinition, mangels einer gesetzlichen Handhabe überhaupt, haben sich Doktrin und Praxis seit langem bemüht, den Vorkaufsfall bei den verschiedenartigen VKRen einheitlich zu fassen (2). So hat das Bundesgericht in Bestätigung seiner Rechtssprechung erklärt, die Bestimmungen über die Ausübung des rechtsgeschäftlichen VKRs seien analog auch für das g VKR der Miteigentümer anwendbar (3). MEIER-HAYOZ dagegen hat die Rechtigkeit der Tendenz, eine für sämtliche Arten von VKRen übereinstimmende Liste aufzustellen, in Zweifel gezogen, und er betont, dass der Entscheid darüber, ob ein Vorkaufsfall gegeben ist oder nicht, nur in Berücksichtigung von Wesen, Ziel und Funktion der betreffenden VKRe gefällt werden kann (4). MEIER-HAYOZ steht denn auch das Verdienst zu, in seinem Kommentar zu den Artikeln 681 und 682 ZGB die möglichen Vorkaufsfälle daraufhin untersucht und übersichtlich zusammengestellt zu haben, und zwar gegliedert nach Vorkaufsfällen beim rechtsgeschäftlichen VKR einerseits und beim g VKR andererseits; darauf sei generell verwiesen (5). Uns bleibt neben einer stark gekürzten Umschreibung des Vorkaufsfalles noch zu prüfen, inwieweit die von MEIER-HAYOZ vorgenommene Einteilung verallgemeinert und auch für die weiteren VKRe, insbesondere die öffentlichen, als gültig angesehen werden kann.

2.2 Der Vorkaufsfall im technischen Sinn

Grundsätzlich wird der Vorkaufsfall, wie die Bezeichnung Vor-Kaufs-Recht besagt (6),

---

1) MEIER-HAYOZ, N. 200ff. zu Art. 681 ZGB.
2) MEIER-HAYOZ, ZBGR 45 (1964) 264; WIEDERKEHR, S. 119.
3) BGE 89 II 446 E. 1.
4) MEIER-HAYOZ, a.a.O.
5) MEIER-HAYOZ, N. 137ff. zu Art. 681 und 58ff. zu 682 ZGB.
6) Vgl. oben, § 1, S. 25.

durch den Abschluss eines Kaufvertrages herbeigeführt. Vertragsparteien sind der Vorkaufsverpflichtete und ein Dritter. Der Vertrag muss wirksam und rechtsgültig abgeschlossen sein (7), doch braucht der Eigentumsübergang noch nicht stattgefunden haben (8).

Ob ein Vorkaufsfall vorliegt oder nicht, beurteilt sich nun aber nicht nach rein formellen, sondern nach materiellen Gesichtspunkten. Nicht nur der Form, sondern dem Sinne nach muss ein Kaufvertrag abgeschlossen worden sein (9); denn wollte man nur auf den Kaufvertrag im juristisch-technischen Sinn abstellen, könnte das VKR, das rechtsgeschäftliche wie das gesetzliche, allzuleicht umgangen werden. So ist einerseits dann kein Vorkaufsfall anzunehmen, obwohl nach aussen hin ein Kaufvertrag vorliegt, wenn der wirkliche Parteiwille nicht auf einen Kauf gerichtet ist (10); andererseits ist dann der Vorkaufsfall zu bejahen, obwohl nach aussen hin kein Kaufvertrag mit dem Dritten abgeschlossen worden ist, wenn in anderer rechtlicher Form ein dem Kauf entsprechender wirtschaftlicher Zweck angestrebt wird (11).

Treffen die Parteien keine gesonderte Abmachung bezüglich spezieller Rechtsgeschäfte, bei deren Vorliegen das VKR nicht oder noch zusätzlich ausgeübt werden kann (12), so berechtigen alle jene Rechtsgeschäfte zur Ausübung, die einen Vorkaufsfall im technischen Sinn darstellen. Als Vorkaufsfall im technischen Sinn ist "jedes Rechtsgeschäft" zu qualifizieren, "das auf Umsetzung des belasteten Objekts gegen ein von jedermann erbringbares Entgelt gerichtet ist" (13).

Wie beim rechtsgeschäftlichen VKR führen neben dem Kaufvertrag noch die Hingabe an Zahlungsstatt und die freiwillige private und öffentliche Versteigerung den Vorkaufsfall im technischen Sinn herbei (14). Der "normale" Vorkaufsfall ist somit beim rechtsgeschäftlichen wie beim g VKR - auch beim öffentlichen (15) - nach den gleichen Kriterien zu beurteilen.

Betrachten wir die Vorkaufsbeziehung als ein durch Vorkaufsvertrag oder durch Gesetz begründetes doppelt suspensiv bedingtes Kaufvertragsverhältnis, so bildet der Eintritt des Vorkaufsfalles beim rechtsgeschäftlichen wie beim g VKR die Erfüllung

---

7) MEIER-HAYOZ, N. 184ff. zu Art. 681 und 68f. zu 682 ZGB.
8) MEIER-HAYOZ, N. 192 zu Art. 681 und 68 zu 682 ZGB.
9) BGE 70 II 151; 89 II 446; LIVER, ZBJV 100 (1964) 460f.; MEIER-HAYOZ, ZBGR 45 (1964) 267.
10) Unabsichtlich bei irrtümlich unrichtiger Bezeichnung oder absichtlich bei Simulation gemäss Art. 18 Abs. 1 OR (MEIER-HAYOZ, N. 174f. zu Art. 681 ZGB).
11) MEIER-HAYOZ, N. 144 und 175 zu Art. 681 ZGB mit Literaturangaben; derselbe, ZBGR 45 (1964) 267.
12) Zum atypischen Vorkaufsfall vgl. unten, S. 159 f. und § 19, S. 188ff.
13) MEIER-HAYOZ, ZBGR 45 (1964) 270 und N. 144 zu Art. 681 ZGB; vgl. auch SCHMID, S. 76f. und WIEDERKEHR, S. 120.
14) MEIER-HAYOZ, N. 157 zu Art. 681 ZGB.
15) GLAUSER, S. 69ff.

der ersten Suspensivbedingung (16), wobei hervorzuheben ist, dass es sich dabei für den Berechtigten um eine kasuelle Bedingung (17), für den Verpflichteten aber stets um eine Potestativbedingung handelt: Freiwillig überträgt der Vorkaufsverpflichtete einem Dritten gegen Entgelt das Eigentum am Vorkaufsobjekt (18). Dieser Tatsache ist bei Abänderung des Vorkaufsfalles gebührend Rechnung zu tragen (19).

2.3 Sachverhalte, Handänderungen und Rechtsgeschäfte, die grundsätzlich keinen Vorkaufsfall darstellen

Keinen Vorkaufsfall im technischen Sinn bilden die blosse Verkaufsabsicht, Vorverhandlungen (20) oder die Offerte eines Dritten (21), Handänderungen infolge erbrechtlicher Sukzession, Erbteilung oder Kindskaufs als antizipierter Erbfolge (22), ferner Rechtsgeschäfte wie Tausch (23), Leibrenten- und Verpfründungsvertrag (24), Schenkung und Schenkungsversprechen (25), Einräumung einer Nutzniessung oder eines bloss obligatorischen Gebrauchsrechts (26), die Errichtung einer Stiftung und die Einbringung des Vorkaufsobjekts in eine Gesellschaft (27). Auch die Zusprechung des Vorkaufsobjekts durch richterliches Urteil sowie die Expropriation oder ähnliche Tatbestände berechtigen nicht zur Ausübung eines VKRs (28). Das gilt für die rechtsgeschäftlichen wie für alle g VKRe, die privatrechtlichen und die öffentlichen (29). Vorbehalten bleiben natürlich abweichende Parteiabreden, wobei aber zu beachten ist, dass nicht jeder der genannten Sachverhalte beliebig als Vorkaufsfall bestimmt werden kann (30).

---

16) Zu den verschiedenen Theorien über die Rechtsnatur des Vorkaufsvertrages beim rechtsgeschäftlichen VKR vgl. MEIER-HAYOZ, N. 41ff. zu Art. 681 ZGB.
17) GUHL/MERZ/KUMMER, 6. Aufl., S. 300.
18) Vgl. im Aktienrecht, § 13, S. 104.
19) Unten, S. 159f. und § 19, S. 192.
20) BGE 78 II 358; JAEGGI, ZBGR 39 (1958) 70.
21) MEIER-HAYOZ, N. 177 zu Art. 681 ZGB.
22) MEIER-HAYOZ, N. 145 und 167ff. zu Art. 681 ZGB; LIVER, ZBJV 100 (1964) 461.
23) Der Tausch stellt dann einen Vorkaufsfall dar, wenn der Vorkaufsberechtigte die Gegenleistung ausnahmsweise auch erbringen kann; MEIER-HAYOZ, N. 172 zu Art. 681 ZGB.
24) Hier kann der Vorkaufsberechtigte die mit dem Dritten vereinbarte Gegenleistung nicht erbringen; MEIER-HAYOZ, N. 159 zu Art. 681 ZGB.
25) Betreffend die gemischte Schenkung vergleiche MEIER-HAYOZ, N. 171 zu Art. 681 ZGB.
26) Beide Rechtsgeschäfte sind nicht auf Eigentumsübertragung gerichtet; MEIER-HAYOZ, N. 173 zu Art. 681 ZGB.
27) MEIER-HAYOZ, N. 159ff. und 167 zu Art. 681 ZGB.
28) MEIER-HAYOZ, N. 162ff. zu Art. 681 ZGB.
29) GLAUSER, S. 71ff.
30) Unten, S. 159f. und § 19, S. 188ff.

2.4 Kontroverse Fälle

2.4.1 Der Kaufsvorvertrag (31) als Vorkaufsfall?

Beim rechtsgeschäftlichen VKR ist umstritten, ob der Abschluss eines Vorvertrages zu einem Kaufvertrag bereits einen Vorkaufsfall darstellt. Während die Praxis (32) und zahlreiche Lehrmeinungen (33) dies verneinen, stellen sich LIVER, zwar noch zurückhaltend (34), und MEIER-HAYOZ auf den gegenteiligen Standpunkt. MEIER-HAYOZ weist auf den in Art. 78 BZP verankerten Grundsatz hin, wonach ein richterliches Urteil die Willenserklärung des Beklagten ersetzen kann, und er rückt die Vorteile, welche die Behandlung des Kaufsvorvertrages als Vorkaufsfall mit sich bringt, in den Vordergrund, einmal die frühzeitige Abklärung der Vorkaufsfrage und sodann die Ausschaltung einer sich anbietenden Möglichkeit der Umgehung des VKRs (35).

Mit einer mehr im Theoretischen liegenden Ueberlegung distanziert sich E. SALZGEBER von den Ausführungen MEIER-HAYOZ' und schliesst sich wieder der herrschenden Meinung an. Ihre Begründung: Beim echten Vorvertrag müssen die Parteien doch noch einmal rechtsgeschäftlich tätig werden, damit der Hauptvertrag zustande kommt (36).

Auch wenn wir dazu neigen, der herrschenden Meinung ebenfalls den Vorzug zu geben - und zwar wie E. SALZGEBER der juristisch-technischen Konstruktion und der klaren Abgrenzung von VKR und Vorhand wegen -, lassen sich doch die mit der Lösung MEIER-HAYOZ verbundenen praktischen Vorteile nicht übersehen. Wir begnügen uns deshalb mit der deskriptiven Erörterung der Frage und der Feststellung, dass, falls man den Vorvertrag als Vorkaufsfall anerkennen will, sich sämtliche Argumente dafür nicht nur beim rechtsgeschäftlichen VKR, sondern ebenso stichhaltig beim g VKR ins Feld führen lassen (37), beim privatrechtlichen so gut wie beim öffentlichen (38).

2.4.2 Der Kaufrechtsvertrag als Vorkaufsfall?

Nach noch herrschender Ansicht führt nicht schon der Abschluss eines Kaufrechts-

---

31) Zum Begriff des Vorvertrags verweisen wir auf unsere Ausführungen in § 3, S. 54f. und auf Art. 22 Abs. 1 OR: Durch den Vorvertrag verpflichten sich die Parteien zum Abschluss eines künftigen Vertrages.
32) BGE 54 II 326; 80 II 578; 85 II 578; ob indessen das BGer an seiner Praxis festhalten wird, erscheint nach BGE 97 II 49 als fraglich.
33) HAAB, N. 33 zu Art. 681/82; SCHMID, S. 79; WIEDERKEHR, S. 125; ALLGAEUER, S. 115.
34) LIVER, ZBJV 96 (1960) 426; vgl. auch ZBGR 38 (1957) 23ff.
35) MEIER-HAYOZ, N. 178/79 zu Art. 681 ZGB.
36) SALZGEBER-DUERIG, S. 39.
37) MEIER-HAYOZ, N. 59 zu Art. 682 ZGB.
38) Ebenso GLAUSER, S. 68/69.

vertrags den Vorkaufsfall herbei (39), sondern erst die Ausübung des Kaufsrechts. Nur vereinzelte Autoren betrachten bereits die Einräumung des Kaufsrechts als Vorkaufsfall (40).

Entscheidend fällt ins Gewicht, dass sich der Verpflichtete bereits beim Abschluss des Kaufrechtsvertrags endgültig für den Verkauf entscheiden muss. Zwar bleiben die Eigentumsverhältnisse vorderhand noch unberührt, und das Bundesgericht bezeichnet die Anwartschaft des Berechtigten als "ungewiss" (41); ungewiss ist aber nur, ob und wann der Berechtigte sein Recht ausüben will. Der Berechtigte selbst hat jedoch die Gewissheit, dass er innerhalb der konzedierten Frist jederzeit nach freiem Willen mit der Abgabe der Ausübungserklärung den Kauf perfekt gestalten kann. Der Verpflichtete hat deshalb, wirtschaftlich betrachtet, bereits verkauft. Das gilt uneingeschränkt beim limitierten VKR und manifestiert sich in der Praxis, indem der Kaufpreis oft schon beim Abschluss des Kaufrechtsvertrages ganz oder teilweise bezahlt wird. Es drängt sich daher auf, in solchen Fällen schon die Einräumung des Kaufsrechts als Vorkaufsfall anzusehen (42).

Beim illimitierten VKR kann gegen die Bejahung des Vorkaufsfalles bei Einräumung des Kaufsrechts einzig die Notwendigkeit des Schutzes des Vorkaufsberechtigten "vor imaginären Bedingungen des Verkäufers" (43) angeführt werden; der Vorkaufsbelastete könnte ja in der Person des Kaufrechtsberechtigten einen Strohmann vorschieben, der im Bewusstsein, das Kaufsrecht nie auszuüben, in die Vortäuschung imaginärer Bedingungen, insbesondere eines überhöhten Kaufpreises, einwilligt, um den Vorkaufsberechtigten zur Ausübung des VKRs zu unvorteilhaften Bedingungen zu veranlassen. Da sich aber Simulationen auch bei Kaufverträgen nicht ausschliessen lassen, ist der Einwand nicht zu überschätzen (44). Zudem trägt die von MEIER-HAYOZ vorgeschlagene Lösung, die Einräumung des Kaufsrechts als einen ersten, die Ausübung als einen zweiten Vorkaufsfall zu werten, solchen Umgehungspraktiken Rechnung, ohne die Interessen des Vorkaufsverpflichteten und des Dritten zu beeinträch-

---

39) BGE 85 II 572; 90 II 142; ZBJV 96 (1960) 21 = ZBGR 42 (1961) 95 (anders noch das bern. OGer in ZBJV 90 (1954) 462); BlZR 61 (1962) Nr. 59; SCHNEEBERGER Paul, Questions pratiques et controversées relatives au droit de préemption conventionnel et au droit de préemption légal de copropriétaires, ZBGR 45 (1964) 289f.; bezüglich des EGG COMMENT Albert, Le droit de préemption agricole vu sous l'angle du conservateur du registre foncier, ZBGR 39 (1958) 9.

40) BAER, Bern. Notar 21 (1960) 92ff.; LIVER, ZBJV 96 (1964) 424ff.; MEIER-HAYOZ, ZBGR 45 (1964) 276ff. Ziff. 8 und Komm. N. 180ff. zu Art. 681 ZGB. - Selbstverständlich stellt jede in Umgehungsabsicht erfolgte Einräumung eines Kaufsrechts wie auch jede andere als Umgehungsgeschäft erkannte Handänderung einen Vorkaufsfall dar (Art. 18 Abs. 1 OR), sofern die unlautere Absicht nachgewiesen werden kann. Zur Diskussion steht somit nur das nicht in Umgehungsabsicht errichtete Kaufsrecht.

41) BGE 94 II 112.

42) So auch SALZGEBER-DUERIG, S. 41.

43) ZBGR 38 (1957) 28.

44) MEIER-HAYOZ, N. 180 zu Art. 681 ZGB.

tigen (45); sie ist deshalb zu begrüssen und verdient auch bei der Handhabung öffentlicher VKRe den Vorzug (46).

2.4.3 Der Baurechtsvertrag als Vorkaufsfall?

Die Begründung eines Baurechts bezweckt sowenig wie die Einräumung eines andern Gebrauchs- und Nutzungsrechts eine Eigentumsübertragung. Die Errichtung eines Baurechts mit adaequatem Zweck stellt denn auch nach einhelliger Meinung von Doktrin und Praxis keinen Vorkaufsfall dar. Indessen ist nicht zu übersehen, dass sich das Baurecht auch als Mittel zur Umgehung eines VKRs anbietet, indem sich unter besonderen Umständen der wirtschaftlich gleiche Effekt wie bei der Veräusserung eines Grundstücks erzielen lässt. In BGE 82 II 385 hat das Bundesgericht nun aber betont, dass dies niemals der Fall sein könne, da das Recht auf den Baurechtszins stets mit dem Eigentum verbunden und infolgedessen mit einem Mietzins, nicht mit einem Kaufpreis zu vergleichen sei; dem Eigentümer bleibe somit nie nur eine nuda proprietas, sondern er behalte die Liegenschaft im Umfang des durch den Baurechtszins bestimmten Wertes als Sachwert in seinem Vermögen.

Kritik an diesem Entscheid hat nicht lange auf sich warten lassen. LIVER attestiert dem Bundesgericht zwar die Richtigkeit der Ueberlegung für den Fall eines nach Inhalt und Dauer beschränkten Baurechts, erachtet jedoch im Fall eines auf die längstmögliche Dauer bestellten Baurechts, das den Eigentümer von jedem Gebrauch des Bodens völlig ausschliesst, die Stellung des Baurechtsbelasteten gleich derjenigen des Veräusserers, der den Kaufpreis in Form einer als Grundlast auf die Liegenschaft gelegten Rente bezieht (47).

Heute hat das Bundesgericht seine Praxis geändert und anerkannt, dass die Begründung eines Baurechts die Wirkung einer Veräusserung haben kann und sodann als Vorkaufsfall betrachtet werden muss (48). Im konkreten Fall hat es durch genaue Analyse des Baurechtsvertrags die Umgehungsabsicht der Parteien nachgewiesen und klar gesagt, dass es auch in Zukunft die Umgehung eines VKRs durch Ueberlassung des Grundstücks im Baurecht an den Dritten nicht mehr zulassen wird. Diese Praxisänderung ist zu begrüssen.

Im Miteigentumsverhältnis spielt die Umgehung des g VKRs durch Errichtung eines Baurechts eine untergeordnete Rolle, müsste doch der Begründung eines Baurechts an einem Miteigentumsanteil eine Realteilung des Grundstücks vorausgehen, da ein Baurecht die Bodenfläche faktisch in Anspruch nimmt. Zwar ist die Belastung eines Miteigentumsanteils mit Wertrechten, also Pfandrechten und Grundlasten, möglich; auch eine Nutzniessung kann bestellt werden. Ausgeschlossen ist hingegen die Belastung eines Anteils mit beschränkten dinglichen Rechten, welche die gemeinsame Benutzung der Sache durch alle Miteigentümer verhindert, so die Belastung mit

---

45) MEIER-HAYOZ, N. 181/82 zu Art. 681 ZGB.
46) GLAUSER, S. 69.
47) LIVER, ZBJV 94 (1958) 95.
48) BGE 85 II 474 = Pr 49 Nr. 70.

Grunddienstbarkeiten, irreguläre Personaldienstbarkeiten, dem Wohnrecht sowie mit Bau- und Quellenrechten (49).

Im Baurechtsverhältnis dagegen ist das Problem höchst aktuell. In einem jüngern Entscheid hatte das Bundesgericht die Zulässigkeit eines inhaltlich umfassenden Unterbaurechts zu prüfen, vertrat doch die eine Partei die Ansicht, es handle sich dabei um eine Abtretung des Oberbaurechts zwecks Umgehung des g VKRs des Grundeigentümers. Das Bundesgericht verneinte, hielt jedoch seinen neuen Standpunkt, der mit der Lehre in Einklang steht, mit aller Deutlichkeit fest: "Eine nicht rechtsmissbräuchliche Errichtung von Unterbaurechten stellt allerdings für den Bodeneigentümer keinen Vorkaufsfall dar ... Hat man es nicht mit dem Ausnahmefall eines Umgehungsgeschäftes zu tun, so bildet die Errichtung von Unterbaurechten, auch wenn sie die ganze dem ersten Baurecht unterworfene Bodenfläche belegen, eine dem Inhaber des verselbständigten Baurechts zustehende Verfügung" (50).

2.5 Besonderheiten des Vorkaufsfalles beim g VKR

Die bisher angeführten Vorkaufsfälle haben sich für das rechtsgeschäftliche und das g VKR einheitlich erfassen lassen. Daneben ist nun bei den einzelnen g VKRen noch auf einige zusätzliche Sachverhalte einzutreten, die gesondert zu behandeln sind.

2.5.1 Handänderungen, die k e i n e n Vorkaufsfall darstellen

a) Beim Miteigentümervorkaufsrecht stellt die Veräusserung des im Miteigentum stehenden Grundstücks als Ganzes oder zu einem realen Teil keinen Vorkaufsfall dar. Lehre und Praxis stimmen darin überein (51). LEEMANN begründet seine Ansicht auf dem Umweg über die Interpretation des Parteiwillens (52). Er schliesst aus der Zustimmung eines jeden Miteigentümers zum Verkauf des Ganzen auf den Verzicht eines jeden auf das g VKR. MEIER-HAYOZ dagegen hebt hervor, dass sich die Feststellung, die Veräusserung des ganzen Grundstücks bilde keinen Vorkaufsfall, auch direkt aus dem Gesetz ableiten lässt, da der Wortlaut und die ratio legis von Art. 682

---

49) Für die herrschende Meinung LIVER, N. 18 zur Einleitung und N. 22 zu Art. 730 ZGB; HAAB, N. 12 zu Art. 646 ZGB; LEEMANN, N. 28ff. zu Art. 646 ZGB. Eingehender und zum Teil abweichend MENGIARDI, S. 54ff. und 129ff.; auch er betrachtet jedoch den Miteigentumsanteil als untaugliches Baurechtsobjekt, S. 70f.

50) BGE 92 I 551. - Befürchtungen hinsichtlich zukünftiger Streitfälle wegen Umgehung des dem Grundeigentümer zustehenden g VKRs durch Errichtung von Unterbaurechten hegt HUBER, und er rügt in diesem Zusammenhang das BGer, das sich mit der Erklärung, das g VKR von Art. 682 ZGB sei auch auf die vor dem 1. Jan. 1965 begründeten Baurechtsverhältnisse anwendbar, selbst einen Anreiz dazu geschaffen habe (HUBER, ZBGR 49 (1968) 299; siehe auch unten, § 21, S. 202f.).

51) BGE 75 II 133; 80 II 372ff.; 81 II 639; ZBJV 89 (1953) 502.

52) LEEMANN, N. 8 zu Art. 682 ZGB.

Abs. 1 ZGB eindeutig gegen eine Erweiterung des g VKRs auf diesen Fall sprechen (53). Diese Auslegung, der wir uns anschliessen, spielt eine wichtige Rolle für die Begründung der Ansicht, auch die Versteigerung des ganzen Grundstücks sei nicht als Vorkaufsfall zu betrachten. Mit dem Willen der Beteiligten allein liesse sich nicht fechten, da ja der Richter die Versteigerung anordnet (54).

Schwieriger ist zu beurteilen, ob auch dann kein Vorkaufsfall anzunehmen ist, wenn zur Verwertung eines gepfändeten Miteigentumsanteils das verpfändete Grundstück als Ganzes öffentlich versteigert wird (55). In einem schon mehrere Jahrzehnte zurückliegenden Entscheid hat das Bundesgericht die Frage verneint, sich also für die Möglichkeit der Ausübung des g VKRs ausgesprochen (56). Richtig dürfte es allerdings sein, auch hier vom Gesetz selbst auszugehen, was zur gegenteiligen Auffassung führt (57); unabhängig vom Zweck des Verkaufes lässt sich nicht bestreiten, dass auch in diesem Fall das Grundstück als Ganzes veräussert wird und das g VKR somit gar nicht besteht (58).

b) Im Baurechtsverhältnis ist dann kein Vorkaufsfall gegeben, wenn von dem durch das Baurecht belasteten Grundstück ein Teil verkauft wird, der durch die Ausübung des Baurechts nicht in Anspruch genommen wird (59). Das ist eine Selbstverständlichkeit, die sich ohne weiteres direkt aus Zweck und Wortlaut des Gesetzes ableiten lässt.

Analoges gilt beim Bestande von Unterbaurechten. Wird ein mit mehreren Unterbaurechten gleichen Grades belastetes Oberbaurecht veräussert, kann jeder Unterbauberechtigte - sofern der Grundeigentümer sein VKR nicht ausübt (60) - sein VKR nur in Bezug auf die von ihm beanspruchte Parzelle geltend machen; beim Verkauf des den Boden des Nachbarn erfassenden Oberbaurechts steht ihm kein Vorkaufsanspruch zu.

c) Die Veräusserung des Vorkaufsobjekts an einen gesetzlich Vorkaufsberechtigten stellt nach Auffassung MEIER-HAYOZ' generell keinen Vorkaufsfall dar (61). Dazu ist folgendes zu bemerken: Weder beim rechtsgeschäftlichen noch beim g VKR ist der Verkauf an den einzigen Vorkaufsberechtigten als Vorkaufsfall zu werten; das VKR wird durch diese Handänderung seines Zwecks beraubt und gegenstandslos. An-

---

53) MEIER-HAYOZ, N. 37 zu Art. 646 und N. 65 zu Art. 682 ZGB; vgl. auch BlZR 54 (1955) Nr. 81, S. 143ff. E. 4.
54) MEIER-HAYOZ, N. 65 zu Art. 682 ZGB; BGE 75 II 133.
55) VZG 73 lit. b; Anl. VZG 35.
56) BGE 51 III 110.
57) MEIER-HAYOZ, N. 66 zu Art. 682 ZGB; ZBJV 89 (1953) 502.
58) HAAB, N. 21 zu Art. 646 ZGB, bezeichnet deshalb zu recht die Bestimmung von Art. 35 der Anleitung zur VZG vom 7. Okt. 1920, wonach die Miteigentümer ihr VKR an der öffentlichen Versteigerung nicht mehr geltend machen können, als irreführend.
59) MEIER-HAYOZ, N. 67 zu Art. 682 ZGB.
60) Vgl. oben, § 12, S. 94f.
61) MEIER-HAYOZ, N. 64 zu Art. 682 ZGB.

ders ist die Lage bei Konkurrenz mehrerer Vorkaufsberechtigter. Beim rechtsgeschäftlichen VKR ergibt sich die Reihenfolge der Ausübungsberechtigung nach der Alterspriorität (62). Dem ist nun aber nicht so beim g VKR. So sind mehrere Miteigentümer nebeneinander gleichermassen vorkaufsberechtigt. Nimmt man an, dass die Veräusserung eines Anteils an einen von ihnen für die andern keinen Vorkaufsfall darstellt - wir schliessen uns dieser Ansicht dem Grundsatz nach an, da sie sich zwanglos aus der Zielsetzung beider VKRe von Art. 682 ZGB ergibt -, so ist der Vorkaufsverpflichtete in seiner Verfügungsfreiheit insoweit weniger beschränkt als nur einem Vorkaufsberechtigten gegenüber, als er unter verschiedenen Personen einen Vertragspartner aussuchen kann, der ihm genehm ist. Inwieweit diese Privilegierung einen Anreiz bildet, mit einem der Vorkaufsberechtigten einen besonders guten Preis auszuhandeln, da dieser jetzt zum Zuge kommt und die andern, obwohl gleichberechtigt, ausgeschaltet werden, bleibe dahingestellt. Tatsache ist, dass es der Vorkaufsverpflichtete in der Hand hat, einem von mehreren gleichartig Vorkaufsberechtigten den Vorzug zu geben und durch seine Wahl die übrigen hintanzustellen.

Im Baurechtsverhältnis sind zwei verschiedene Konstellationen zu unterscheiden: Bei mehreren Bauberechtigten gleichen Grades (horizontale Konkurrenz (63)), stellt sich das Problem nicht, da jeder nur bezüglich des Stückes Boden vorkaufsberechtigt ist, das seine Baute in Anspruch nimmt. Für jede Parzelle gibt es nur einen Bauberechtigten. Bietet der Grundeigentümer indessen das ganze Grundstück einem der Vorkaufsberechtigten ersten Grades zum Kaufe an, werden die andern nicht von der Geltendmachung ihres VKRs ausgeschlossen, da für den Käufer eben weder das ganze Grundstück noch die Nachbarparzelle, sondern einzig und allein der von ihm beanspruchte Anteil des Bodens das Vorkaufsobjekt bildet.

Anders liegt der Sachverhalt bei einer vertikalen Kette von Baurechten. Verkauft der Baurechtsinhaber das Baurecht ganz oder zu einem Teil an einen Unterbauberechtigten, darf der Grundeigentümer als der primär Berechtigte nicht benachteiligt werden. Er muss sein VKR ausüben können. U.E. ist deshalb der Grundsatz, dass bei Veräusserung des Vorkaufsobjekts an einen gesetzlich Vorkaufsberechtigten kein Vorkaufsfall vorliegt, in dem Sinne einzuschränken als er nur Geltung haben kann, wenn mehrere Vorkaufsberechtigte von Gesetzes wegen auf gleicher Stufe stehen und den gleichen Anspruch haben, wie dies beim Miteigentümervorkaufsrecht der Fall ist. Weicht aber ein g VKR hinter einem andern zurück, muss die Veräusserung des Vorkaufsobjekts an den subsidiär Berechtigten für den primär Berechtigten einen Vorkaufsfall darstellen.

Auch beim bäuerlichen VKR nach dem EGG ist dieser Vorbehalt anzubringen, da das Gesetz die Reihenfolge der Berechtigung festlegt. Der Verkauf eines landwirtschaftlichen Gewerbes an einen im letzten Glied Vorkaufsberechtigten darf nicht den besser

---

62) Ein vorgemerktes VKR kann einem früher eingeräumten, nicht vorgemerkten VKR gegenüber zwar durchgesetzt werden, doch macht sich der Veräusserer dem Erstberechtigten gegenüber schadenersatzpflichtig.

63) Vgl. unten, § 21, S. 207.

Berechtigten um sein Recht bringen. Höchstens dem Verkauf an einen unter mehreren Gleichberechtigten, z. B. an einen Sohn, der zur Selbstbewirtschaftung gleichermassen bereit und geeignet erscheint wie sein Bruder, dürfte diese Wirkung zuerkannt werden; im Zweifelsfalle hätte der Richter zu entscheiden (64).

Bei den öffentlichen VKRen ist das Problem weniger aktuell, da das Gesetz im allgemeinen nur einen, höchstens aber zwei Vorkaufsberechtigte nennt: Kanton oder Gemeinde. Ob das Gesetz mit dieser Formulierung eine Reihenfolge der Berechtigung festlegt, ist eine Frage der Interpretation. Wenn ja, so bedeutet der Verkauf an den subsidiär Berechtigten für den primär Berechtigten einen Vorkaufsfall, wenn nein, darf das Vorliegen eines Vorkaufsfalles verneint werden.

2.5.2 Die Zwangsvollstreckung als Handänderung, die beim g VKR einen Vorkaufsfall darstellt

Dass im Gegensatz zum rechtsgeschäftlichen VKR die Zwangsvollstreckung in einen Miteigentumsanteil als Vorkaufsfall für die übrigen Miteigentümer zu betrachten ist, wird in der Literatur allgemein anerkannt (65). Auch das Bundesgericht hat sich eindeutig dafür ausgesprochen (66): Das Betreibungs- oder Konkursamt hat den Miteigentümern die Steigerung anzuzeigen und sie über ihr Recht, das VKR auszuüben, zu orientieren. Unterlassung der Anzeige wie auch das Fehlen eines Hinweises auf das VKR in den Steigerungsbedingungen bewirken Nichtigkeit der Steigerung (67).

Die rechtlichen Gründe für den Einbezug der Zwangsvollstreckung in die Reihe der Vorkaufsfälle beim Miteigentümervorkaufsrecht hat MEIER-HAYOZ in seiner Abhandlung über den Vorkaufsfall überzeugend dargelegt (68). Bereits vom Wortlaut her gelangt er zu einer in Bezug auf den Vorkaufsfall ausdehnenden Auslegung von Art. 682 Abs. 1 ZGB, wird doch den Miteigentümern nicht nur ein VKR gegenüber einem Nichtmiteigentümer eingeräumt, der einen Miteigentumsanteil k a u f t , sondern gegenüber jedem, der einen Anteil e r w i r b t . Französischer und italienischer Gesetzestext stimmen darin überein (contre tout tiers acquéreur d'une quote-part; verso qualunque terzo che acquisti una parte del fondo). Im übrigen weist MEIER-HAYOZ nach, dass hinter der Zielsetzung von Art. 682 Abs. 1 ZGB, welche die Gemeinschaft der Miteigentümer schützen und die Ueberführung von Miteigentum in Gesamteigentum erleichtern soll, Einwände historischer Art - man habe die den Grundstücksverkehr hemmenden Retrakte nicht wieder aufleben lassen wollen - und systematischer Art - als Eigentumsbeschränkung sei ein VKR restriktiv auszulegen - zurückzutreten haben.

---

64) Vgl. dazu BGE 82 II 468 = Pr 45 Nr. 159, von LIVER besprochen in ZBJV 94 (1958) 60ff.; oben, § 14, S. 115.

65) MEIER-HAYOZ, N. 60 zu Art. 682 und N. 55 zu Art. 646 ZGB; HAAB, N. 16 zu Art. 646 ZGB; WIEDERKEHR, S. 198.

66) BGE 51 III 167; 55 III 162.

67) VZG 73 lit. a, 102, 130; Anl. VZG 33; Kreisschreiben des BGer vom 1. 2. 1926 über die Behandlung von Miteigentum und Gesamteigentum im Konkurs, wiedergegeben in BGE 52 III 56ff.

68) MEIER-HAYOZ, ZBGR 45 (1964) 264f. Anm. 30.

Die Anwendung der kurz skizzierten Untersuchungsmethode MEIER-HAYOZ' auf die übrigen g VKRe führt zu folgenden Ergebnissen: In Bezug auf Wortlauf (gegenüber jedem E r w e r b e r ; contre tout acquéreur; verso chiunque acquisti), auf Sinn und Zweck der Bestimmung ähnelt das g VKR im Baurechtsverhältnis dem Miteigentümervorkaufsrecht sehr. Auch hier soll den Beteiligten nicht zugemutet werden, sich mit einem missliebigen Vertragspartner abzufinden; die Gemeinschaft von Grundeigentümer und Bauberechtigten ist ebenso schützenswert wie die Gemeinschaft der Miteigentümer (69). Zudem spricht auch die systematische Stellung in Abs. 2 von Art. 682 ZGB für eine möglichst weitgehende Gleichbehandlung der beiden g VKRe (70). Den Parteien im Baurechtsverhältnis sollte deshalb die Ausübung des g VKRs in der Zwangsvollstreckung ebenfalls gestattet werden (71).

Im Agrarrecht ist nach Art. 6 EGG das VKR nur gegeben, wenn ein landwirtschaftliches Gewerbe oder ein wesentlicher Teil davon v e r k a u f t wird (en cas de vente; in caso di vendita). Schlüsse in Richtung einer restriktiven Auslegung erübrigen sich jedoch nicht nur der mangelhaften Textredaktion wegen (72), sondern vor allem, weil in Abs. 3 lit. c von Art. 6 EGG die Zwangsvollstreckung als Vorkaufsfall explizit ausgeschlossen wird. JOST bezeichnet diese Bestimmung als überflüssig, da die Zwangsversteigerung als öffentlichrechtlicher Akt ohnehin keinen Vorkaufsfall darstelle (73). Diese Kritik ist indessen nur berechtigt, sofern man von der heute überholten Annahme ausgeht, die Vorkaufsfälle seien beim rechtsgeschäftlichen und beim g VKR durchwegs die gleichen. Von der Zielsetzung des EGG her gesehen, unter dem Blickwinkel des Familienschutzes und sogar des agrarpolitischen Zweckes (74), lässt sich anhand der Kriterien MEIER-HAYOZ' sehr wohl die Auffassung vertreten, das bäuerliche VKR sollte auch in der Zwangsvollstreckung ausgeübt werden können. Abs. 3 lit. c von Art. 6 EGG schiebt jedoch solchen Ueberlegungen den Riegel (75).

Bei den öffentlichen VKRen (76) rechtfertigt sich u. E. die Anerkennung der Zwangsvollstreckung als Vorkaufsfall noch in vermehrtem Masse (77). Unabhängig vom Wortlaut in den verschiedenen Spezialgesetzen, der nicht immer schlüssig sein dürfte, zielen adaequat verwendete öffentliche VKRe auf den Erwerb des Vorkaufsobjekts im öffentlichen Interesse, sei es zur Schaffung von Bodenreserven oder sei es zum Schutz gefährdeter Kulturgüter vor dem Untergang. Der Zeitpunkt des Erwerbs ist gegeben, wenn sich der Eigentümer von der Sache trennt; ob er es freiwillig tut oder

---

69) Oben, § 12, S. 87.
70) FREIMUELLER, S. 94.
71) MEIER-HAYOZ, N. 61 zu Art. 682 ZGB.
72) MEIER-HAYOZ, ZBJV 92 (1956) 317ff.
73) JOST, Handkommentar, S. 37.
74) Oben, § 14, S. 114.
75) Vgl. auch FRIEDRICH, BlAR 1971, S. 27.
76) Bei den VKRen des öffentlichen Rechts, die das Gemeinwesen gegenüber dem Privaten als Berechtigtem verpflichten, stellt sich die Frage aus praktischen Erwägungen nicht, da es gegenüber dem Gemeinwesen nicht zur Zwangsvollstreckung kommt. Theoretisch bestände aber auch hier kein Grund, die Ausübung des g VKR auszuschliessen.
77) Bejahend auch GLAUSER, S. 71.

nicht, ist von untergeordneter Bedeutung. Ein weiterer Handwechsel liegt nicht im Interesse der Sache (78).

2.6 Die Abänderung des Vorkaufsfalles

Beim rechtsgeschäftlichen VKR steht es den Parteien frei zu bestimmen, welche Handänderungen sie als Vorkaufsfälle anerkennen wollen und welche nicht. Diese Freiheit ist aber nicht unbegrenzt (79). Während einer Einschränkung nichts entgegensteht, ist die Ausdehnung der Vorkaufsfälle nur in bestimmtem Rahmen zulässig.

Beim nicht vorgemerkten VKR darf die Ausübung nicht auf andere Einlösungsrechte (80) erstreckt werden, da die für die Begründung eines VKRs an Grundstücken erforderliche einfache Schriftlichkeit (Art. 216 Abs. 3 OR) Ausnahmecharakter hat (81). Die Ausdehnung auf atypische Handänderungen, die keinen Vorkaufsfall im technischen Sinn darstellen, sollte u.E. zwar möglich sein, solange das Herbeiführen des Vorkaufsfalles im freien Willen des Verpflichteten liegt, für ihn Potestativbedingung bleibt (z.B. ausdrückliche Ausdehnung eines limitierten VKRs auf eine Schenkung oder Belastung des Grundstücks mit einer Nutzniessung oder einem Wohnrecht (82)). Erst wenn das nicht mehr der Fall ist, der Belastete in seiner Disposition nicht frei bleibt und der "Vorkaufsfall" für ihn kasuell eintritt (Tod oder Erbgang), wäre diese Vereinbarung öffentlich zu beurkunden, da sie als bedingtes Kaufsrecht qualifiziert und der Formvorschrift von Art. 216 Abs. 2 OR unterstellt werden müsste (83).

Beim vorgemerkten VKR darf die Ausübung des numerus clausus der vormerkbaren persönlichen Rechte wegen (Art. 959 ZGB) (84) nicht auf beliebige Handänderungen erstreckt werden. Hier sind die Grenzen enger zu ziehen als beim nicht vorgemerkten VKR; denn vormerkbar sind nur Vorkaufsverträge im Sinne des Gesetzes (85). Der Grundbuchführer hat deshalb jeden Vorkaufsvertrag auf seine Vormerkungsfähigkeit zu überprüfen, und er lehnt die Vormerkung ab, falls er eine Erweiterung auf andere Einlösungsrechte feststellt (86).

Bei den VKRen des ZGB (87) fällt die Abänderung des Vorkaufsfalles unter die Vorschrift von Art. 682 Abs. 3 ZGB. Sie ist als Anwendungsfall der Aufhebung bzw.

---

78) Zum Problem der praktischen Geltendmachung GLAUSER, S. 94.
79) MEIER-HAYOZ, N. 137 zu Art. 681 ZGB.
80) Dazu MEIER-HAYOZ, N. 38 zu Art. 681 ZGB; oben, § 1, S. 25.
81) MEIER-HAYOZ, N. 139 zu Art. 681 ZGB.
82) Anders FRIEDRICH bezüglich des Stockwerkeigentums, Reglement, N. 7 zu § 48.
83) Vgl. MEIER-HAYOZ, N. 28 und 139 zu Art. 681, N. 36 zu Art. 683 ZGB und dort zitierte Entscheide. FRIEDRICH, ZBGR 45 (1964) 343.
84) MEIER-HAYOZ, System. Teil, N. 165ff., insbes. 171; oben, § 2, S. 45.
85) MEIER-HAYOZ, N. 138 zu Art. 681 ZGB.
86) JAEGGI, ZBGR 39 (1958) 74f.; SJZ XIII (1916/17) 232.
87) Zur Abänderung öffentlicher VKRe vgl. unten, § 19, S. 195f.

Abänderung des VKRs zu begreifen, bedarf also zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung und kann im Grundbuch vorgemerkt werden. Wie beim rechtsgeschäftlichen VKR steht einer Einschränkung der möglichen Vorkaufsfälle nichts im Wege, kann doch das g VKR sogar aufgehoben werden. Für die Ausdehnung der Vorkaufsfälle erachten wir jedoch die gleichen Abgrenzungen wie beim rechtsgeschäftlichen VKR als massgebend, wobei in Bezug auf die Form zu beachten ist, das ja j e d e Abänderung öffentlich beurkundet werden muss: Beliebige Ausdehnungen sind somit möglich, sofern der Charakter des Vorkaufsfalles als Potestativbedingung nicht berührt wird, doch unterliegt die Vereinbarung, soll sie vorgemerkt werden können, denselben Anforderungen wie beim rechtsgeschäftlichen vorzumerkenden VKR (88).

3. Die Mitteilungspflicht

3.1 Die Mitteilungspflicht bei den g VKRen von Art. 682 ZGB

3.1.1 Zur Person des Mitteilungspflichtigen

Ob die nach Art. 681 Abs. 2 ZGB für den durch rechtsgeschäftliches VKR Gebundenen bestehende Pflicht, den Vorkaufsberechtigten von einem Verkaufe in Kenntnis zu setzen, auch den Miteigentümer belaste, hat das Bundesgericht in BGE 56 II 172 noch offen gelassen (89). In einem späteren Entscheid hat es sich jedoch für die analoge Anwendbarkeit von Art. 681 Abs. 2 ZGB beim g VKR der Miteigentümer ausgesprochen, erstens der übereinstimmenden Interessenlage wegen und zweitens, "weil die Anzeige an die Miteigentümer für den Verkäufer nicht lästiger ist als die Anzeige an den Inhaber eines vertraglich eingeräumten VKRs" (90). Beides lässt sich zweifellos auch für das g VKR im Baurechtsverhältnis behaupten; die gegenseitige Mitteilungspflicht von Grundeigentümer und Bauberechtigtem wird denn heute auch allgemein bejaht (91).

Die Mitteilungspflicht des Vorkaufsbelasteten wird durch den Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes mit dem Dritten ausgelöst. Der Veräusserer hat alsdann den Berechtigten unverzüglich vom Kaufvertrag in Kenntnis zu setzen (92). Für einen allfälligen, durch schuldhafte Verspätung der Anzeige bewirkten Schaden wird der durch rechtsgeschäftliches VKR Belastete gemäss Art. 97ff. OR wegen Nicht- oder

---

88) Vgl. unten, § 19, S. 191ff.
89) Vgl. auch Sem. jud. 52 (1930) 527/28.
90) BGE 73 II 168.
91) MEIER-HAYOZ, N. 70 zu Art. 682 ZGB; FREIMUELLER, S. 95; vgl. auch HAAB, N. 37 und 55 zu Art. 681/82 ZGB.
92) LEEMANN, N. 55 zu Art. 681 ZGB; WIEDERKEHR, S. 132; über die Befugnis, die Anzeige zu Handen mehrerer gemeinschaftlich berechtigter Personen in Empfang zu nehmen, vgl. unten, S. 173.

Schlechterfüllung des Vertrages ersatzpflichtig (93). Gilt das auch für den durch ein g VKR belasteten Grundeigentümer? Da auch ihn nach bundesgerichtlicher Praxis die Mitteilungspflicht trifft, ist die Frage zu bejahen (94). Unter welchem Rechtstitel kann von ihm Schadenersatz gefordert werden? U.E. ist auch hier Vertragshaftung gemäss Art. 97ff. OR gegeben (95). Aufgrund der gesetzlichen Realobligation besteht zwischen Vorkaufsverpflichtetem und Vorkaufsberechtigtem ein verstärktes obligatorisches Verhältnis; die Parteien sind von Gesetzes wegen durch einen sich noch in der Schwebe befindlichen doppelt suspensiv bedingten Kaufvertrag gebunden. Dass allerdings eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung die Verpflichtung zu einem Tun enthält, das weder dem Grundbuch noch dem Gesetz direkt entnommen werden kann, ist nicht selbstverständlich. Bei den übrigen gesetzlichen Realobligationen kann sich der Belastete im Gesetz über Art und Weise seiner Handlungspflicht orientieren, und meist wird er zusätzlich noch durch den Berechtigten darauf aufmerksam gemacht - so bei der Mitwirkungspflicht bei Grenzfeststellungen (Art. 669 ZGB) oder bei der Inventarpflicht im Nutzniessungsverhältnis (Art. 763 ZGB), um nur zwei Beispiele zu nennen (96). Der durch Gesetz Vorkaufsbelastete dagegen findet nirgends einen Behelf, der ihm seine Mitteilungspflicht vor Augen führt. Dem verurkundenden Notar obliegt deshalb beim g VKR eine wichtige Aufklärungspflicht; denn den juristischen Laien, der zwar die Vorkaufsverpflichtung, u.E. nicht aber die daraus resultierende Mitteilungspflicht kennen muss, trifft der Grundsatz "ignorantia iuris nocet" in übermässiger Strenge. Trotzdem ist der Vertragshaftung der Vorzug vor der Deliktshaftung zu geben, da die Interessen des Berechtigten zuwenig geschützt wären, wollte man ihm zumuten, gestützt auf Art. 41ff. OR gegen den Vorkaufsverpflichteten vorzugehen. Bekanntlich unterscheiden sich die beiden Arten der Haftung wesentlich in Bezug auf Verjährung und Beweislast. Müsste der nicht benachrichtigte Vorkaufsberechtigte neben der Substantiierung des Schadens auch noch den Verschuldensbeweis des Vorkaufsverpflichteten erbringen, würden seine Ansprüche illusorisch. Der normalen Interessenlage entspricht es deshalb de lege lata besser, wenn der Vorkaufsverpflichtete, der die Anzeige unterlassen hat, die Beweislast tragen muss; er hat ja die Möglichkeit, sich zu exkulpieren. De lege ferenda wäre allerdings die Mitteilungspflicht im Gesetz anzuordnen bzw. die Befreiung des gesetzlich Vorkaufsbelasteten von der Mitteilungspflicht zu überprüfen (97).

Natürlich ist der Vorkaufsverpflichtete schon vor Eintritt des Vorkaufsfalles befugt, den Berechtigten über seine Verkaufsabsichten zu unterrichten, doch befreit er sich

---

93) JAEGGI, ZBGR 39 (1958) 68; ZBGR 42 (1961) 356ff.; so wohl auch SCHMID, S. 89/90; MEIER-HAYOZ, N. 203 zu Art. 681 ZGB.

94) MEIER-HAYOZ, N. 70 zu Art. 682 ZGB in Verbindung mit N. 203 zu Art. 681 ZGB.

95) Unrichtig WIEDERKEHR, S. 132, der eine Haftung aus "culpa in contrahendo gem. Art. 97ff. OR" vertritt; über die Einordnung der culpa in contrahendo beim Deliktsrecht vgl. MERZ, N. 264 zu Art. 2 ZGB. Auch abgesehen davon überzeugt die Konstruktion einer culpa in contrahendo hier wenig.

96) Vgl. auch oben, § 2, S. 34f.

97) Vgl. unten, S. 165ff.

dadurch nicht von seiner Anzeigepflicht nach dem Eintritt des Vorkaufsfalles (98). Von seiner Haftung für die Bekanntgabe des Vorkaufsfalles wird er nur frei, wenn er nachzuweisen vermag, dass der Vorkaufsberechtigte aus anderer Quelle über den Vorkaufsfall in Kenntnis gesetzt worden ist (99).

Die Mitteilungspflicht obliegt beim rechtsgeschäftlichen vorgemerkten VKR auch dem Grundbuchverwalter; sie ist als Nebenwirkung der Vormerkung zu begreifen (100). Umstritten ist nur, ob die Anzeige an den Berechtigten bereits nach der Anmeldung des Verkaufs an den Dritten (101) oder erst nach Eintragung des Dritten als Eigentümer zu erfolgen hat (102). Warum der Eigentumsübergang auf den Dritten abgewartet werden soll, ist allerdings schwer einzusehen, wirkt sich doch sicher zugunsten der Klarheit der Grundbuchführung aus, wenn ein Eintrag unterbleibt, der binnen kurzem u.U. wieder beseitigt werden müsste.

Nach Ansicht MEIER-HAYOZ' besteht die Mitteilungspflicht des Grundbuchverwalters gestützt auf Art. 969 Abs. 1 ZGB ohne weiteres auch bei der Handänderung von Grundstücken, deren Eigentümer von Gesetzes wegen mit einem VKR belastet sind (103). Teilt man diese Auffassung, so ist die Mitteilungspflicht des Grundbuchverwalters aber nicht mehr Nebenwirkung der Vormerkung - die Existenz eines g VKRs geht ja aus dem Grundbuch nicht hervor -, sondern sie beruht direkt auf Gesetz (Art. 969 Abs. 1 ZGB). U.E. dürfte de lege lata überhaupt, auch beim vorgemerkten rechtsgeschäftlichen VKR, nur von einer subsidiären "Pflicht" des Grundbuchverwalters im Sinne einer Ordnungsvorschrift gesprochen werden, da die Anzeigepflicht nach Art. 969 Abs. 1 ZGB nur bezüglich derjenigen Einträge besteht, von denen die Beteiligten nicht schon Kenntnis haben (104). Der Grundbuchverwalter darf jedoch annehmen, dass die Vorkaufsberechtigten vom Verpflichteten bereits über den Vorkaufsfall ins Bild gesetzt worden sind oder es noch werden; für die Mitteilung, d.h. für das rechtzeitige Absenden und den richtigen Inhalt der Anzeige, haftet denn auch ausschliesslich der Vorkaufsverpflichtete (105).

Eine Mitteilungspflicht des Dritterwerbers besteht nicht; es gibt sie auch dann nicht, wenn er um das g VKR weiss. Es kann sie nicht geben, da sie erst mit dem Eintritt des Vorkaufsfalles entsteht, in einem Moment also, in dem der Dritte noch nicht Eigentümer des Grundstücks ist, sondern nur einen obligatorischen Anspruch auf Uebertragung des Eigentums hat (106).

---

98) Anders im österreichischen Recht (MEIER-HAYOZ, N. 177 zu Art. 681 ZGB; WIEDERKEHR, S. 132 Anm. 3).
99) BGE 44 II 387; SCHMID, S. 89.
100) LIVER, ZBJV 100 (1964) 477.
101) MEIER-HAYOZ, N. 71 zu Art. 682 und N. 209 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, a.a.O.; OSTERTAG, N. 34 zu Art. 959 ZGB.
102) JAEGGI, ZBGR 39 (1958) 79 und Rep. 1961, S. 138f.
103) MEIER-HAYOZ, N. 71 zu Art. 682 ZGB.
104) OSTERTAG, N. 1 zu Art. 969 ZGB.
105) SCHMID, S. 89.
106) MEIER-HAYOZ, N. 211ff. zu Art. 681 ZGB.

3.1.2 Inhalt und Form der Anzeige

Die blosse Information über die Tatsache des Vertragsschlusses reicht allenfalls beim limitierten, nicht aber beim gewöhnlichen VKR aus (107). Die Anzeige hat Aufschluss über den wesentlichen Inhalt des mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrages zu geben, über die essentialia negotii und über die subjektiv wesentlichen Punkte des Vertrags (108). Auch die Kenntnis der Person des Dritterwerbers kann für den Vorkaufsberechtigten von Bedeutung sein (109). Der Einfachheit halber wird der Verpflichtete dem Berechtigten ein Doppel des Kaufvertrags mit dem Dritten zustellen; dazu verpflichtet ist er indessen nicht (110).

Die Anzeige an den Verpflichteten bedarf nach schweizerischem Recht keiner besonderen Form (111). Da an ihren Empfang jedoch rechtliche Folgen geknüpft sind, wird der vorsichtige Veräusserer eine geeignete Form wählen, z. B. den eingeschriebenen Brief, um einen möglichen Beweisnotstand zu vermeiden. Obwohl die Mitteilung nicht als Willenserklärung, insbesondere nicht als Offerte zu betrachten ist - von TUHR bezeichnet sie als "Vorstellungsäusserung" -, sind in Bezug auf die Zustellung die Bestimmungen von Art. 3ff. OR anwendbar (112).

3.2 Die Mitteilungspflicht nach dem EGG

Art. 13 EGG überbindet die Mitteilungspflicht Personen öffentlichen Glaubens, da dem Vorkaufsbelasteten nicht zuzumuten ist, den grossen Kreis der Berechtigten zu kennen und selbst zu benachrichtigen. Die genaue und zuverlässige Ermittlung aller Berechtigten liegt im öffentlichen Interesse und wird durch ein behördliches Verfahren gesichert, das teilweise in die Kompetenz der Kantone fällt (113). Vergegenwärtigen wir uns kurz die geltende Regelung:

- Die Urkundsperson, welche den Kaufvertrag öffentlich beurkundet, ist verpflichtet, ein Verzeichnis sämtlicher vorkaufsberechtigten Verwandten, auch der im Ausland wohnenden, zu erstellen, von einer vom Kanton bezeichneten Behörde beglaubigen zu lassen und dem Grundbuchverwalter einzureichen.
- Der Grundbuchverwalter hat anschliessend unverzüglich allen im Verzeichnis aufgeführten Berechtigten die Anmeldung des Kaufvertrages anzuzeigen. Ausdrücklich bestimmt das Gesetz in Art. 13 Ziff. 3 EGG, dass die Mitteilung einen Hinweis auf die Frist zur Geltendmachung des VKRs enthalten muss.

---

107) MEIER-HAYOZ, ZBJV 92 (1956) 335 und N. 205 zu Art. 681 ZGB; WIEDERKEHR, S. 133.
108) BGE 44 II 385ff.; 73 II 167.
109) So ein nicht publiziertes Urteil des zürch. OGer vom 9. März 1951, auf das LEHNER in SJZ 50 (1954) 74 Anm. 12a hinweist.
110) MEIER-HAYOZ, N. 206 zu Art. 681 ZGB.
111) MEIER-HAYOZ, N. 208 zu Art. 681 ZGB; WIEDERKEHR, S. 133; BGE 73 II 168.
112) von TUHR/SIEGWART, S. 167; WIEDERKEHR, a.a.O.
113) Näheres dazu bei JENNY, S. 97ff.; JOST, Handkommentar, Art. 13 EGG.

Der VE 1963 wie auch der E 1970 (114) haben eine Aenderung der Verfahrensvorschriften in Aussicht genommen. Die Mitteilungspflicht sollte nicht mehr wie bisher dem Grundbuchverwalter, sondern der Urkundsperson übertragen werden. Art. 13 E 1970 bestimmte, dass die Urkundsperson ein Verzeichnis der Berechtigten zu erstellen hat, und Art. 13bis verpflichtete die Urkundsperson auch zur Benachrichtigung der Berechtigten unter Hinweis auf die Frist zur Geltendmachung ihres Rechts. Dem Vorkaufsverpflichteten selbst obläge somit auch nach den Revisionsvorschlägen keine Mitteilungspflicht.

3.3 Die Mitteilungspflicht bei öffentlichen VKRen

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist auch bei öffentlichen VKRen eine Mitteilungspflicht anzunehmen. Ueberliesse man die Kenntnis des Vorkaufsfalles nur dem Zufall oder dem Spürsinn des berechtigten Gemeinwesens, würde das VKR u.U. in einem derart späten Zeitpunkt geltend gemacht, dass seine Ausübung vom Vorkaufsverpflichteten wie vom Dritterwerber als stossend empfunden werden müsste (115).

Sofern die einzelnen Spezialgesetze keine Sondervorschriften enthalten, müsste de lege lata auch in Bezug auf die Person, der die Mitteilungspflicht obliegt, die Regelung des Privatrechts analog beigezogen werden: Primär verpflichtet wäre der Vorkaufsbelastete. Dies zu postulieren erscheint uns indessen bedenklich, da der betreffende Vorkaufsverpflichtete, wie schon erörtert (116), direkt durch Gesetz zu einem Handeln verpflichtet würde, das explizit weder dem Gesetz selber noch dem Grundbuch zu entnehmen ist (117). GLAUSER vertritt die Ansicht, die Mitteilungspflicht wäre statt dem Vorkaufsverpflichteten dem Dritterwerber oder dem Grundbuchverwalter aufzuerlegen (118). Dem Grundbuchverwalter gibt er den Vorzug, da dieser kraft seiner Funktion von jedem Geschäft Kenntnis erhält, das auf die Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtet ist. Da der Grundbuchverwalter als ein am Rechtsgeschäft Unbeteiligter kein Interesse an baldiger Klärung des Sachverhalts hat, empfielt GLAUSER, ihm eine Frist zur Mitteilung nach Kenntnisnahme anzusetzen, die sehr kurz sein könne, da die Mitteilung praktisch im Zusenden der blossen Kopie des Kaufvertrags bestehe (119).

In Bezug auf Inhalt und Form der Mitteilung kann auf das bei den g VKRen des Zivilrechts bereits Gesagte verwiesen werden. Es ist auch für die öffentlichen VKRe rechtens (120).

---

114) Oben, § 14, S. 118 Anm. 51.
115) GLAUSER, S. 79.
116) Oben, S. 161.
117) GLAUSER, S. 80, weist noch auf die Gefahr hin, "dass der Verpflichtete der Versuchung erliegt, den Vorkaufsfall bewusst nicht zu melden, um das öffentliche VKR zu umgehen". Der Einwand ist wenig stichhaltig, liesse sich doch gleiches auch bei den privatrechtlichen VKRen anführen.
118) GLAUSER, S. 81.
119) GLAUSER, S. 82.
120) So auch GLAUSER, a.a.O.

3.4 Gedanken zur Person des Mitteilungspflichtigen

Da die Gesetzgebung in Bezug auf eine Neuregelung und Abgrenzung von rechtsgeschäftlichen und g VKRen zur Zeit im Fluss ist, gestatten wir uns, einige Ueberlegungen de lege ferenda anzubringen.

Die Ausdehnung der Mitteilungspflicht von Art. 681 Abs. 2 ZGB auf die durch ein g VKR des Privat-, eventuell sogar des öffentlichen Rechts, Belasteten, befriedigt nicht. Die Gründe haben wir dargelegt: Während der durch Rechtsgeschäft Vorkaufsbelastete um seine Mitteilungspflicht weiss - das Gesetz lässt keine Zweifel offen -, obliegt dem durch Gesetz Vorkaufsbelasteten eine Handlungspflicht, über die er sich weder im Gesetz noch im Grundbuch informieren kann. Der blosse Gebrauch der Bezeichnung "VKR" in Art. 682 ZGB oder anderen Gesetzen lässt noch nicht unbedingt auf die Gleichbehandlung des Instituts mit dem rechtsgeschäftlichen VKR schliessen; zumindest kann vom juristischen Laien nicht verlangt werden, dass er diesen Schluss zieht. Trotzdem macht er sich vorläufig durch Unterlassung der Mitteilung des Vorkaufsfalles an den Berechtigten schadenersatzpflichtig (121).

U.E. wäre zu prüfen, ob die Mitteilungspflicht bei den g VKRen im Interesse aller Beteiligten nicht besser dem Grundbuchverwalter oder der Urkundsperson überbunden werden sollte. Für die öffentlichen VKRe hat GLAUSER den Grundbuchverwalter vorgeschlagen (122). Dafür spricht der Umstand, dass der Grundbuchverwalter auf jeden Fall von den einen Vorkaufsfall darstellenden Rechtsgeschäften Kenntnis bekommt, da er die Eigentumsübertragung im Grundbuch vorzunehmen hat. Auch wird ja eine sekundäre Mitteilungspflicht beim vorgemerkten und beim g VKR bereits anerkannt (123). Dagegen spricht jedoch, und dieser Einwand erscheint uns als massgebend, dass der Grundbuchverwalter mit den Parteien im allgemeinen gar keinen Kontakt hat - meist wird der Notar zur Anmeldung der Eigentumsübertragung bevollmächtigt - und dass er erst im Moment der Anmeldung über den Verkauf ins Bild gesetzt wird. Sofern das Grundbuchamt nicht, wie es heute üblich ist, an chronischer Arbeitsüberlastung leidet, steht in diesem Zeitpunkt der Eigentumsübergang unmittelbar bevor, und im Normalfall wäre das Eigentum bei Ausübung des VKRs bereits auf den Dritten übertragen. Auch wenn die Drittwirkung g VKRe heute nicht mehr zur Diskussion steht, sollte diese Komplikation, die den unnötigen Aufwand einer zusätzlichen Eigentumsübertragung in sich birgt, vermieden werden (124).

Beim bäuerlichen VKR des EGG befassen sich Urkundsperson und Grundbuchverwalter gemeinsam mit der Durchführung des Vorkaufsverfahrens. In den Kantonen, in denen Urkundsperson und Grundbuchverwalter nicht zusammenfallen, wie z.B. im Kanton Bern, hat sich diese Aufteilung der Zuständigkeit allerdings als wenig zweckmässig erwiesen (125). Dem EGG und dem E 1970 lässt sich aber die Idee entnehmen,

---

121) Oben, S. 160f.
122) GLAUSER, S. 81; oben, S. 164.
123) MEIER-HAYOZ, N. 209 zu Art. 681 und N. 71 zu Art. 682 ZGB; oben, S. 162.
124) Vgl. auch FRIEDRICH, BlAR 1971, S. 28.
125) FRIEDRICH, a.a.O.

der Urkundsperson allein die Mitteilungspflicht aufzuerlegen (126). Sie kommt notwendigerweise mit den Vertragsparteien in Berührung (127), ist so gut wie der Grundbuchverwalter juristisch ausgebildet und ist als neutraler Berater in der Lage, ja gerade prädestiniert dazu, dem Verkäufer die nötige Rechtsbelehrung in Bezug auf das ihn belastende g VKR zu erteilen und die Benachrichtigung der Berechtigten zu übernehmen. Unsicherheiten bezüglich des Beginns der Ausübungsfrist würden zudem reduziert, da der Notar mit eingeschriebenem Brief an die Vorkaufsberechtigten gelangte und sie auch über die Dauer der Ausübungsfrist ins Bild setzte.

Sachlich zuständig hätte die Urkundsperson zu sein, vor welcher der Kaufvertrag abgeschlossen worden ist (128). Nur wenn der Vorkaufsfall durch Ausübung eines Kaufrechts eintritt, bedarf es theoretisch der Mitwirkung der Urkundsperson nicht mehr. COMMENT erachtet in einem solchen Fall wieder den Verkäufer als zum Handeln verpflichtet (129). FRIEDRICH dagegen nimmt an, die Urkundsperson wäre sachlich zuständig, die seinerzeit die Bestellung des Kaufrechts beurkundet hat (130). Wir schliessen uns dieser zweiten Auffassung an, die sich insbesondere aufdrängt, wenn man bereits den Abschluss des Kaufrechtsvertrages als Vorkaufsfall betrachten will (131). Bei der Benachrichtigung der Vorkaufsberechtigten vom Abschluss des Kaufrechtsvertrages wird die Urkundsperson bereits auf den zweiten Vorkaufsfall im Zeitpunkt der Ausübung des Kaufrechts hinweisen, was sie allerdings nicht von der Pflicht befreien könnte, die Mitteilung in diesem Zeitpunkt zu wiederholen (132).

Wird nun der Urkundsperson durch Gesetz die Mitteilungspflicht überbunden, so nimmt sie im Verfahren der Geltendmachung g VKRe eine Schlüsselposition ein. Man hat sich deshalb über ihre rechtliche Stellung Gedanken zu machen (133), um daraus

---

126) Bei der Zwangsvollstreckung in einen Miteigentumsanteil ist die Mitteilungspflicht dem Vorkaufsverpflichteten auch abgenommen, indem das Betreibungs- oder Konkursamt die übrigen Miteigentümer über die Möglichkeit, ihr VKR an der Steigerung auszuüben, zu informieren hat (MEIER-HAYOZ, N. 55 zu Art. 646 ZGB; oben, S. 157).

127) Vgl. dazu LIVER, ZBl 71 (1970) 172.

128) Analogie zu Art. 13 Ziff. 1 EGG; dazu LIVER, a.a.O.; Botschaft zum Entwurf eines BG über die Aenderung des bäuerlichen Zivilrechts, BBl 1970 I 840; COMMENT, Vers la revision du droit foncier rural, ZBGR 44 (1963) 335.

129) COMMENT, a.a.O. Er bezieht seine Aussage zwar auf das Aufstellen des Verzeichnisses der vorkaufsberechtigten Verwandten nach Art. 13 EGG; verallgemeinernd leiten wir daraus ab, dass er auch die Mitteilungspflicht dem Verkäufer wieder auferlegen würde.

130) FRIEDRICH, BlAR 1971, S. 29.

131) Vgl. oben, S. 151ff.

132) Oben, S. 161f.

133) FRIEDRICH, a.a.O.

auf die Grundsätze ihrer Haftung bei allfälliger Pflichtverletzung schliessen zu können (134).

Im E 1970 wollte man in Abänderung von Art. 13 EGG die Pflicht, die Vorkaufsberechtigten vom Vorkaufsfall in Kenntnis zu setzen, vom Grundbuchverwalter auf die Urkundsperson übertragen. In der Botschaft dazu wird die Urkundsperson als "beauftragter Treuhänder des Verkäufers und des Käufers" bezeichnet (135). Die Urkundsperson habe, so wird an anderer Stelle gesagt, "die Stellung des gesetzlichen Vertreters der Vertragsparteien, insbesondere des Verkäufers" (136).

Eine treuhänderische Funktion im Auftrag der Parteien hat die Urkundsperson, die eine ihr von Gesetzes wegen obliegende Mitteilungspflicht erfüllt, sicher nicht (137). Durch die Benachrichtigung der Vorkaufsberechtigten handelt sie jedoch für den Vorkaufsbelasteten. Ihre Stellung ist die eines gesetzlichen Vertreters (138), wobei die Vertretung nicht mangelnder Handlungsfähigkeit wegen, wohl aber auch zum Schutze des Vorkaufsverpflichteten Platz greift: Weil der mit einem g VKR Belastete nicht um seine Mitteilungspflicht weiss, sollte er vor den zivilrechtlichen Folgen der Unterlassung geschützt werden. Was wir weniger einsehen ist die Meinung, die Urkundsperson vertrete gleichzeitig auch den Käufer, den aber offenbar etwas weniger. Sie vertritt doch wohl nur den Vorkaufsverpflichteten, indem sie an seiner Stelle den Vorkaufsberechtigten vom Vorkaufsfall in Kenntnis setzt; eine Vertretung des Käufers liegt nicht vor, da diesen keine Mitteilungspflicht trifft (139).

FRIEDRICH sieht in einer allfälligen Mitteilungspflicht der Urkundsperson "eine vom Bundesrecht angeordnete Erweiterung der eigentlichen, sich aus dem Beurkundungsbegriff (Art. 55 SchlT/ZGB) ergebende Funktion ..., eine erweiterte Amtspflicht" (140), und er schliesst daraus auf die Haftungsnormen, nach welchen die

---

134) Während dem selbst zur Mitteilung verpflichteten Vorkaufsbelasteten keine Frist gesetzt zu werden braucht, da es in seinem eigenen Interesse liegt, rasch Klarheit über die Ausübung des VKRs zu erhalten und keine Schadenersatzansprüche zu gewärtigen, müsste einem am Verkauf nicht interessierten Mitteilungspflichtigen, sei es der Grundbuchführer oder der Notar, eine Frist zur Anzeige gesetzt werden, ansonsten die Gefahr der Verschleppung zu gross wäre. GLAUSER, S. 83f., plädiert bei den öffentlichen VKRen für eine sehr kurze Frist (2 Tage), binnen welcher das Grundbuchamt nach Anmeldung des Geschäfts die Anzeige zu erstatten hätte. Der Urkundsperson wäre u.E. eine etwas längere Frist anzusetzen, damit der bei der Verurkundung bereinigte Kaufvertrag ev. noch neu geschrieben und vervielfältigt werden könnte. Ein Doppel mit dem Hinweis auf das g VKR und die Ausübungsfrist diente als Mitteilung.

135) Botschaft, BBl 1970 I 841.

136) Botschaft, a.a.O.

137) FRIEDRICH, a.a.O.

138) FRIEDRICH, a.a.O.

139) Vgl. oben, S. 162.

140) FRIEDRICH, a.a.O.

Verantwortlichkeit der Urkundsperson zu beurteilen wäre. Da auch der freie Notar hoheitliche Befugnisse ausübt und sich infolgedessen auch der Vorkaufsberechtigte auf seine Auskunftserteilung verlassen können muss - korrekte Angabe von Kaufpreis und Kaufbedingungen -, ergibt sich seine Verantwortlichkeit nicht aus dem Auftragsrecht, sondern aus dem öffentlichen Recht. Das Bundesgericht wertet nach konstanter Praxis (141) die Verletzung der sich aus dem Bundesrecht ableitenden Sorgfaltspflicht der Urkundsperson als eine unerlaubte Handlung i.S. von Art. 41ff. OR, räumt jedoch den Kantonen gestützt auf Art. 61 Abs. 1 OR die Möglichkeit ein, die Tätigkeit der Notare strengeren Verantwortlichkeitsvorschriften zu unterstellen. Macht ein Kanton keinen Gebrauch davon, so beurteilt sich die Haftung zwar nach Bundesprivatrecht, das aber in diesen Fällen als öffentliches kantonales Recht zur Anwendung kommt. Somit könnte der Vorkaufsberechtigte gegenüber der Urkundsperson Schadenersatzansprüche geltend machen, wenn sie ihm den Vorkaufsfall nicht angezeigt hat (142).

4. Die Ausübungsfrist

Wir unterscheiden eine relative und eine absolute Ausübungsfrist. Die relative Ausübungsfrist beginnt mit der Kenntnisnahme vom Vorkaufsfall zu laufen, die absolute mit dem Eintritt des Vorkaufsfalles. Im folgenden ist mit "Ausübungsfrist" stets die relative gemeint.

4.1 Die Ausübungsfrist bei den g VKRen von Art. 682 ZGB

Gemäss Art. 681 Abs. 3 ZGB beträgt die Ausübungsfrist für das vorgemerkte rechtsgeschäftliche VKR einen Monat. Um der Verkehrssicherheit willen ist sie analog auch für das nicht vorgemerkte VKR (143) wie für die g VKRe von Art. 682 ZGB als anwendbar zu betrachten (144).

Der Fristenlauf beginnt mit dem Tage, an dem der Berechtigte beim limitierten VKR vom Verkauf, beim illimitierten vom wesentlichen Inhalt des Kaufvertrages Kenntnis erhalten hat, und zwar egal, ob durch Anzeige des Verpflichteten, des Grundbuchamtes, des Notars oder durch einen Dritten (145). Allerdings ist nicht die effektive Kenntnisnahme massgebend, sondern der Augenblick des Zugangs der Mitteilung, so

---

141) BGE 96 II 45 = ZBGR 51 (1970) 313 und dort zitierte frühere Entscheide.

142) Für öffentliche VKRe an Fahrnis haben die obigen Ueberlegungen natürlich keine Geltung. Mangels Publizität des Verkaufs kommt man deshalb kaum umhin, in Analogie zum rechtsgeschäftlichen VKR dem Verpflichteten, eventuell auch dem Dritterwerber, durch gesetzliche Vorschrift die Mitteilungspflicht aufzuerlegen.

143) MEIER-HAYOZ, N. 216 zu Art. 681 ZGB. Nur von einer "angemessenen Frist" spricht das BGer in 83 II 16; vgl. dazu LIVER, ZBJV 95 (1959) 26f.

144) MEIER-HAYOZ, N. 72 zu Art. 682; ZBGR 8 (1927) 71.

145) MEIER-HAYOZ, N. 217 zu Art. 681 ZGB mit Hinweisen auf Literatur und Praxis.

dass sich der Berechtigte nicht auf fehlende Kenntnisnahme berufen kann, wenn er die Annahme der gehörigen Verkaufsanzeige verweigert hat (146). Prozessual obliegt die Beweislast in der Regel dem Verkäufer und Vorkaufsverpflichteten (147), d.h. er hat die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, wenn es ihm nicht gelingt nachzuweisen, dass der Ausübende die Frist verpasst hat.

Die Monatsfrist von Art. 681 Abs. 3 ZGB ist eine Verwirkungsfrist (148). Sie wird gewahrt, wenn die Ausübungserklärung dem Verpflichteten binnen 30 Tagen zugeht. Absenden binnen Frist genügt nicht (149). Durch Versäumnis geht das g VKR nicht wie das nicht vorgemerkte rechtsgeschäftliche VKR unter. Es kann nur im konkreten Vorkaufsfall nicht mehr ausgeübt werden; es erlischt nur das der Realobligation im Einzelfall entspringende Gestaltungsrecht (150).

Wenn beim Miteigentümervorkaufsrecht mehrere Miteigentümer ihr Recht ausüben wollen, läuft die Monatsfrist für jeden gesondert vom Zeitpunkt an, in welchem er vom Verkaufe Kenntnis erhalten hat (151). Analoges muss für mehrere Baurechtsinhaber gleichen Grades gelten wie auch für Grundeigentümer und Unterbauberechtigte, wenn das Oberbaurecht veräussert wird.

4.2 Die Ausübungsfrist nach dem EGG

In Art. 14 Abs. 1 EGG hat der Gesetzgeber die Monatsfrist des ZGB übernommen. Auch sie beginnt mit dem Empfang der Mitteilung vom Abschluss des Kaufvertrags zu laufen, nicht erst mit der Kenntnisnahme (152). Hingegen wird sie - im Unterschied zu den VKRen des ZGB - gewahrt, wenn die Ausübungserklärung bis 24^{00} Uhr des letzten Tages an das zuständige Grundbuchamt adressiert einer schweizerischen Poststelle übergeben worden ist; sie braucht dem Grundbuchamt noch nicht zugegangen zu sein (153).

Als weitere Besonderheit, d.h. Abweichung von der Handhabung der g VKRe des ZGB, ist zu erwähnen, dass gemäss Art. 14 Abs. 2 EGG das bäuerliche VKR nach Ablauf von drei Monaten seit der Anmeldung des Kaufvertrags beim Grundbuch nicht mehr ausgeübt werden kann. Der Grundbuchverwalter ist im Rahmen des behördlichen Verfahrens zwingend zur Anzeige des Vorkaufsfalles verpflichtet, und eine anderweitige Kenntnisnahme ist nur von Bedeutung, wenn der Berechtigte irrtümlicherweise vom Grundbuchamt keine Mitteilung erhalten hat. Aber auch die verspätete

---

146) MEIER-HAYOZ, a.a.O.; BJM 1954, S. 202f.; anders SCHMID, S. 91/92.
147) MEIER-HAYOZ, N. 204 zu Art. 681 ZGB; BGE 73 II 168; 83 II 520; ZBGR 38 (1957) 26f.
148) MEIER-HAYOZ, N. 215 zu Art. 681 ZGB; oben, § 2, S. 41f.
149) MEIER-HAYOZ, N. 221 zu Art. 681 ZGB mit Literaturangaben; WIEDERKEHR, S. 136.
150) Vgl. unten, § 20, S. 197.
151) MEIER-HAYOZ, N. 72 zu Art. 682 ZGB.
152) JOST, Handkommentar, N. 2 zu Art. 14 EGG.
153) BGE 84 II 197ff.; MEIER-HAYOZ, N. 221 zu Art. 681 ZGB.

Kenntnisnahme kann die dreimonatige Frist weder unterbrechen noch erstrecken (154). Als absolute Verwirkungsfrist setzt sie im öffentlichen Interesse einem behördlichen Verfahren feste zeitliche Grenzen, allerdings auf die Gefahr hin, dass ein Vorkaufsberechtigter ohne sein Verschulden von seinem Recht keinen Gebrauch machen kann. Deshalb sah bereits der VE V 1963 vor, das bäuerliche VKR erst nach Ablauf von 5 Jahren seit der Eintragung ins Grundbuch erlöschen zu lassen (155); im E 1970, der ja nicht Gesetz geworden ist, finden wir diese Regelung in Art. 14 Abs. 2 (156).

4.3 Die Ausübungsfrist bei öffentlichen VKRen

Auch der öffentlichen Hand muss eine Frist zur Ausübung eines g VKRs angesetzt werden können, nach deren Ablauf der Dritterwerber vor einer Entwehrung durch das Gemeinwesen sicher sein kann. Deshalb ist auch hier eine Verwirkungsfrist anzunehmen (157).

Da die Meinungsbildung des Gemeinwesens mehr Zeit beansprucht als die einer Einzelperson, dürfte die Monatsfrist von Art. 681 Abs. 3 ZGB wohl nicht ohne weiteres beigezogen werden. Konsultiert man vergleichsweise die Regelung benachbarter Länder, so stellt man allerdings fest, dass nach dem deutschen BBauG die Ausübungsfrist erstaunlicherweise auch nur einen Monat dauert (158), obwohl dem gesetzlich vorkaufsberechtigten Miterben des BGB zwei Monate Bedenkzeit zugestanden werden (159). Fristen bis zu sechs Monaten gewährt indessen das französische Recht, das damit den Bedürfnissen der öffentlichen Hand Rechnung trägt (160). Kurze Fristen liegen offensichtlich im Interesse von Vorkaufsverpflichtetem und Dritterwerber, die die Rechtslage so rasch als möglich abgeklärt haben möchten, während das Gemeinwesen doch auf eine längere Zeitspanne angewiesen ist, damit das Geschäft die nötigen Instanzen durchlaufen kann. GLAUSER glaubt, dass mit einer zweimonatigen Frist diesem Erfordernis Genüge getan würde (161). Dem ist beizupflichten. Dem Gemeinwesen darf zugemutet werden, binnen sechzig Tagen einen verbindlichen Beschluss zu fassen.

---

154) JENNY, S. 98/99, Anm. 44; JOST, a.a.O., N. 3 zu Art. 14 EGG.

155) JOST, ZBl 69 (1968) 444. - Da beim bäuerlichen VKR die Berechtigung nicht durch die Sachbeziehung, sondern mehrheitlich durch die verwandtschaftliche Beziehung zum Verpflichteten bestimmt wird, kann man sagen, dass bei Nichtausübung für den einzelnen Berechtigten nicht nur das Gestaltungsrecht im konkreten Vorkaufsfall dahinfällt, sondern dass für ihn das g VKR erlischt.

156) BBl 1970 I 855.

157) GLAUSER, S. 85.

158) BBauG § 24 Abs. 4; vgl. auch NJW 15 (1962) 1255/56, Anmerkungen zu einem Urteil des OLG Frankfurt vom 6. Juli 1961.

159) § 2034 Abs. 2 BGB

160) Näheres bei GLAUSER, S. 86.

161) GLAUSER, a.a.O.

4.4 Bemerkungen

Wie wir gesehen haben, kennt das ZGB keine absolute Ausübungsfrist für g VKRe. Die Zehnjahresfrist von Art. 681 Abs. 3 ZGB bezieht sich nur auf vorgemerkte rechtsgeschäftliche VKRe (162). De lege ferenda wäre u. E. bei der Regelung des g VKRs eine entsprechende Bestimmung zu schaffen, wie wir sie vorläufig nur in der Spezialgesetzgebung finden (Art. 14 Abs. 2 EGG; Art. 10 lit. b bündnerische VO über Natur- und Heimatschutz; Art. 196 Abs. 4 appenzell. EG z ZGB), und zwar zum Schutze des Dritterwerbers. Die dem g VKR heute zuerkannte Drittwirkung schützt den Vorkaufsberechtigten umfassend, wird aber den Interessen des Dritten nicht gerecht, der einige Zeit nach dem Kauf doch gerne wüsste, ob er noch mit der Entwehrung zu rechnen hat. Falls der Urkundsperson die Mitteilungspflicht überbunden würde, dürfte eine kurze absolute Ausübungsfrist von etwa zwei Jahren genügen, da die Anzeige des Vorkaufsfalles weitgehend gesichert wäre. Bleibt hingegen weiterhin der Vorkaufsbelastete zur Anzeige verpflichtet, müsste die Frist im Interesse des Vorkaufsberechtigten auf mindestens drei bis fünf Jahre erstreckt werden.

5. Die Ausübungserklärung

5.1 Allgemeines

"Die Ausübungserklärung stellt eine formlose, einseitige, empfangsbedürftige Willensäusserung des Berechtigten gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Vorkaufsobjekts dar ... und unterliegt den für Gestaltungsrechte massgebenden Grundsätzen der Unbedingtheit, Unwiderruflichkeit und Unverjährbarkeit" (163).

Berechtigt zur Abgabe der Ausübungserklärung ist die vorkaufsbegünstigte natürliche oder juristische Person. Sie muss handlungsfähig sein (164), da sie in Ausübung ihres Rechts weitgehende Verpflichtungen eingeht, vorweg die Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises. Stellvertretung ist zulässig, da es sich nicht um ein höchstpersönliches Recht handelt (165).

Der auf die ganze Sache Berechtigte muss sein Recht voll ausüben, wenn die ganze Sache verkauft wird. Er kann also beim Verkauf eines vorkaufsbelasteten Grundstücks nicht bloss eine Parzelle davon erwerben (166); hingegen kann er, wenn nur ein Teil davon, eben eine Parzelle, verkauft wird, sein VKR nur für diesen Teil, nicht für das Ganze, geltend machen. Die übrigen Teile vermag er erst an sich zu

---

162) Oben, § 2, S. 29f.

163) MEIER-HAYOZ, N. 73/75 zu Art. 682 ZGB; vgl. oben, § 2, S. 28f.

164) Die als Organ für die juristische Person handelnde natürliche Person braucht nur beschränkt handlungsfähig zu sein, da sie sich nicht persönlich verpflichtet. Analoges gilt für den Stellvertreter. Vgl. VEB 1929, Nr. 49, S. 65 und BECKER, N. 4 zu Art. 32 OR.

165) MEIER-HAYOZ, N. 228 zu Art. 681 ZGB.

166) Zum Vorkaufsobjekt im Baurechtsverhältnis siehe oben, § 12, S. 88.

ziehen, wenn auch sie verkauft werden (167); ob er sie noch erwerben will, steht in seinem Belieben. Die Tatsache, dass das VKR nur die Sache als Ganze erfasst, garantiert also nicht, dass die Sache auch als Ganze erhalten bleibt (168).

5.2 Gemeinschaftliche Berechtigung mehrerer Personen

Berechtigt können beim rechtsgeschäftlichen und beim g VKR mehrere Personen gemeinschaftlich sein. In diesem Zusammenhang stellen sich verschiedene, miteinander verknüpfte Fragen:

1. Kann jetzt das VKR nur zu einem Teil ausgeübt werden?
2. Kann das VKR, das mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht, von einem einzelnen der Berechtigten ausgeübt werden,

   a) in Vertretung der andern zugunsten der Gemeinschaft?
   b) bei Verzicht der andern für sich selbst?

Das ZGB schweigt. Die Doktrin hat sich wenig damit befasst (169), und das Bundesgericht hatte unseres Wissens als bisher einzigen Fall ein mehreren Personen durch Vertrag zustehendes VKR zu beurteilen (170).

Zur Beantwortung der ersten Frage kann das deutsche Recht vergleichsweise beigezogen werden. Das BGB bestimmt für die Miterben in §513: "Steht das VKR mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das VKR im ganzen auszuüben". Der erste Satz dieser Bestimmung erweist sich für das rechtsgeschäftliche wie für das g VKR im schweizerischen Recht als analog anwendbar: Die Ausübung eines VKRs kann immer nur im ganzen erfolgen, und zwar unabhängig davon, ob das Vorkaufsobjekt teilbar ist oder nicht. Die Ausübung zu einem Teil darf auch bei mehreren berechtigten Personen nicht zugelassen werden, da sie zur Entstehung von Miteigentum unter den Parteien führen würde. Ein solcher Zwangsbeitritt zur Miteigentümergemeinschaft ist dem Veräusserer jedoch nicht zuzumuten (171).

Wie steht es nun aber im schweizerischen Recht mit den beiden Aspekten der Vertretungsbefugnis, d.h. dem Recht, die Mitteilung des Vorkaufsfalles für alle Berechtigten verbindlich entgegenzunehmen bzw. die Ausübungserklärung für die Gemeinschaft verbindlich abzugeben (Frage 2a) und dem davon nicht zu trennenden Problem der Akkreskenz (Frage 2b)?

Beim rechtsgeschäftlichen VKR besteht die Möglichkeit, diese Fragen durch Vereinbarung zu regeln: Der Vertrag könnte die Klausel enthalten, mit der Anzeige des Vorkaufsfalles an einen der gemeinsam Berechtigten sei der Mitteilungspflicht Genüge

---

167) MEIER-HAYOZ, N. 149 und 231 zu Art. 681 ZGB.
168) Für die Verhältnisse nach dem EGG vgl. BGE 86 II 432.
169) MEIER-HAYOZ, N. 230 zu Art. 681 ZGB.
170) BGE 92 II 147ff., besprochen von LIVER in ZBJV 104 (1968) 1ff.
171) MEIER-HAYOZ, N. 230 zu Art. 681 ZGB; LIVER, ZBJV 104 (1968) 14.

getan - Art. 681 Abs. 2 ZGB ist nicht zwingendes Recht (172) - und das VKR erlösche für die andern oder wachse ihnen an, wenn der Betreffende es nicht ausübt. Häufiger findet sich jedoch die Abrede, wonach mehrere Vorkaufsberechtigte in der Art vorgesehen werden, dass jeder einzelne das VKR für sich allein in einer bestimmten Reihenfolge ausüben kann (Priorität, Subsidiarität etc.) (173). Für das g VKR indessen scheinen diese Fragen noch wenig geklärt.

Beim g VKR ist eine gemeinsame Berechtigung mehrerer Personen nur zu gesamter Hand oder anteilsmässig möglich. Erläutert an einem praktischen Beispiel lassen sich folgende Gegebenheiten denken: Ein selbständiges und dauerndes Baurecht wird veräussert. Das belastete Grundstück, dessen Eigentümer nach Art. 682 Abs. 2 ZGB vorkaufsberechtigt ist, gehört einer Erbengemeinschaft oder einer Gemeinderschaft, einem in Gütergemeinschaft lebenden Ehepaar, einer einfachen Gesellschaft, einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder es steht im Miteigentum mehrerer Personen. Wem stehen nun welche Befugnisse zu?

Für die Gesamthandschaften gilt in Bezug auf die Geltendmachung des VKRs zunächst der Grundsatz des gemeinsamen Handelns. Erben oder Gemeinder haben die Ausübungserklärung alle zusammen bzw. durch ihren Vertreter abzugeben, wobei der Beschluss gemäss Art. 653 Abs. 2 ZGB einstimmig hat gefasst werden müssen. Hingegen hat das Bundesgericht erklärt (174), die an einen einzelnen Erben zu Handen der Erbengemeinschaft gerichtete Mitteilung des Vorkaufsfalles wirke sich für die Gemeinschaft aus. Bejaht man diesen Entscheid, muss Entsprechendes umsomehr für "Gemeinschaftsverhältnisse mit ausgeprägter Vertretungsbefugnis des einzelnen" gelten (175), so z. B. für die Gütergemeinschaft und die einfache Gesellschaft. Nun stellt sich aber noch die Frage, ob jeder Erbe das der Gemeinschaft zustehende VKR für sich allein ausüben kann, wenn die andern nicht mitmachen wollen. LIVER wendet sich entschieden dagegen (176). Unter Hinweis auf ein nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 17. Dez. 1943 vertritt er die Auffassung, dass der zweite Satz von § 513 BGB (Grundsatz der Akkreskenz) für die Gesamthandschaften nicht ohne weiteres beizuziehen ist, sondern dass bei Verzicht einzelner Erben - im betreffenden Fall verzichteten sie aus prozessualen Gründen und nicht etwa zugunsten der andern - die übrigen das VKR zwar geltend machen können, nicht aber für sich persönlich, sondern nur zugunsten und in Vertretung der Erbengemeinschaft. Diese Differenzierung erfolgt zu recht und findet ihre Stütze in BGE 51 II 267 = Pr 14 Nr. 129. Dort hat das Bundesgericht deutlich unterschieden zwischen dem Verzicht eines Erben auf seine Rechte zugunsten seiner Miterben, bei dem es sich faktisch um eine Teilliquidation bezüglich eines Erbschaftsaktivums handelt, und dem blossen Verzicht auf die Mitwirkung im Prozess, bei dem der Verzichtende seinen Anspruch nicht aufgibt, sondern nur "nicht mitmachen" will und den andern die Durchführung des Prozesses überlässt, die auch in seinem Namen zu erfolgen hat. Dies gilt nun auch aussergerichtlich für den Spezialfall der Ausübung eines VKRs durch Miterben.

---

172) MEIER-HAYOZ, N. 65 zu Art. 681 ZGB.
173) MEIER-HAYOZ, N. 92 zu Art. 681 ZGB.
174) BGE 73 II 163 = Pr 37 Nr. 2 = ZBGR 29 (1948) 281ff., insbes. 286.
175) LIVER, ZBJV 104 (1968) 15.
176) LIVER, a.a.O.

Nur der ausdrückliche Verzicht zugunsten aller andern - einen Verzicht zugunsten eines einzelnen unter mehreren Miterben gibt es innerhalb der Gemeinschaft nicht - bewirkt Akkreskenz im Sinne der Teilliquidation: Die übrigen Erben können gemeinsam das VKR ausüben. Nur im Extremfall, wenn alle zugunsten eines Erben ausdrücklich verzichten, wird dieser in die Lage versetzt, das VKR für sich allein auszunutzen. Blosses Nichtmitmachen eines Erben ermächtigt die übrigen nur zur Geltendmachung des VKRs in Vertretung der Gemeinschaft, so dass ein Vorteil dem Passiven bei der Erbteilung anteilsmässig zugute kommt. Widersetzt sich jedoch ein Erbe der Ausübung des VKRs durch die Gemeinschaft, so ist ein gemeinsames Handeln eben nicht mehr möglich; die Abgabe der Ausübungserklärung durch die andern wäre ein gemeinschaftswidriger Akt. Die behördliche Bestellung eines Erbenvertreters ändert daran nichts und kann die Schwierigkeit nicht beheben (177).

Für die seltenen Gemeinderschaften (Art. 336 ZGB) gelten die gemachten Ausführungen analog, und auch in der Gütergemeinschaft (Art. 215ff. ZGB) wäre ein g VKR nach diesen Grundsätzen auszuüben (178).

Wenden wir uns den Gesamthandschaften des OR, der einfachen Gesellschaft und der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, zu. Als künstlich geschaffene Zweckgebilde unterscheiden sich diese Gesellschaften von den organisch gewachsenen Gemeinschaften des ZGB ganz allgemein durch ein weniger intensives und meist nur wirtschaftlich orientiertes Verhältnis unter den Mitgliedern (179). Zu prüfen ist, ob sie deshalb im Hinblick auf die Zuständigkeit an einem g VKR auch unterschiedlich zu behandeln sind.

Für die einfache Gesellschaft scheint uns das nicht zuzutreffen; für sie kann die Parallele gezogen werden. Da die Vertretungsmacht des einzelnen weiter geht als in der Erbengemeinschaft, sollte umsomehr auch jeder einzelne Gesellschafter befugt sein, eine Erklärung, sei es die Anzeige des Vorkaufsfalls oder auch die Ausübungserklärung, zu Handen der Gesellschaft entgegenzunehmen. Hingegen deckt die Vertretungsbefugnis gemäss Art. 535 Abs. 2 OR Ausübung oder Verzicht auf die Ausübung eines g VKRs keinesfalls; im externen Verhältnis kommt für besondere Verwaltungshandlungen gewöhnliches Stellvertretungsrecht zur Anwendung, so dass der einzelne Gesellschafter für eine verbindliche Erklärung der Vollmacht aller andern bedürfte. Die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter wäre also nötig.

Anders liegen die Dinge bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Wir haben es mit einer Gesellschaftsform zu tun, die, nach innen zwar als einfache Gesellschaft und Gesamthandschaft konzipiert, im Aussenverhältnis einer juristischen Person weit-

---

177) LIVER, a.a.O.

178) Die Ausübung eines VKRs an einem Grundstück ist nicht als gewöhnliche Verwaltungshandlung zu betrachten; vgl. Art. 217 Abs. 1 ZGB.

179) Zum soziologischen Unterschied vgl. TOENNIES Ferdinand, Gemeinschaft und Gesellschaft, 8. Aufl., Leipzig 1935, S. 3ff.; vgl. auch KUSSEROW J., Unterschiede zwischen den Personalgesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung, Diss. Kiel 1967, S. 17ff.

gehend angeglichen ist. Die Vertretungsmacht des einzelnen Gesellschafters, die vermutungsweise jedem zusteht, ist sehr stark ausgeprägt. Jeder Geschäftsführer handelt als "geborenes Organ" der Gesellschaft. Es darf als selbstverständlich angesehen werden, dass somit jeder Gesellschafter, dem die Geschäftsführung nicht entzogen ist, die Anzeige des Vorkaufsfalles zu Handen der Gesellschaft entgegennehmen kann, und - im Unterschied zur einfachen Gesellschaft - liegt auch die Geltendmachung des VKRs zugunsten der Gesellschaft durchaus im Rahmen der ihm gemäss Art. 564 bzw. 599 OR zustehenden Befugnisse. Die Ausübung eines VKRs gehört zu den Rechtshandlungen, deren Vornahme der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.

Anders als die übrigen Gesamthandschaften stehen Kollektiv- und Kommanditgesellschaft auch da im Hinblick auf die Akkreskenz. In Anbetracht der Tatsache, dass nicht nur die Willensbildung durch den Gesellschaftsvertrag derjenigen der juristischen meist stark angenähert wird, sondern dass die Gesellschaft nach aussen überhaupt als juristische Person auftritt (180), kann von Verzicht eines Gesellschafters auf die Ausübung des VKRs und vom Anwachsen seines Rechts an die Berechtigung der andern gar nicht gesprochen werden. Die Gesellschaft beschliesst, sei es nach Mehrheitsprinzip laut Gesellschaftsvertrag oder sei es gemäss Art. 557 Abs. 2 OR nach den Bestimmungen der einfachen Gesellschaft, ob das VKR geltend gemacht wird oder nicht. Man könnte sich höchstens fragen, ob die Gesellschaft zugunsten eines einzelnen Gesellschafters verzichten, ihm also die Ausübung des VKRs für sich selbst gestatten könnte. U.E. ist dies aus dogmatischen Gründen zu verneinen; weder Vorkaufsverpflichteter noch Dritterwerber müssten sich solches gefallen lassen, handelte es sich dabei doch nicht um den Verzicht einer oder mehrerer gemeinschaftlich beteiligter Personen und um ein Anwachsen an die Berechtigung der andern, sondern um eine sog. Privatentnahme, d.h. eine Ueberführung von Geschäftsvermögen. Dieser Vorgang entspricht nun nicht der vom Bundesgericht anerkannten Teilliquidation bei der Erbengemeinschaft, sondern der Uebertragung eines zum Geschäftsvermögen der Gesellschaft gehörenden Rechts auf eine natürliche Person, und dem steht der Grundsatz der Unübertragbarkeit eines g VKRs entgegen (181).

Unter anderem Blickwinkel, wenn man vom gesamthänderischen Innenverhältnis der Gesellschafter absieht und Kollektiv- und Kommanditgesellschaft als Einheit von aus-

---

180) Nach Art. 562 OR kann die Gesellschaft Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und beklagt werden.

181) MEIER-HAYOZ, N. 53 zu Art. 682 ZGB; oben, § 17, S. 147. Dass eine Uebertragung relativ einfach trotzdem erreicht werden kann, indem die Gesellschaft das VKR ausübt und die Liegenschaft bzw. das Baurecht in unserem Beispiel anschliessend ins Privatvermögen eines Gesellschafters überführt, ist in Kauf zu nehmen. Akkreskenz liegt nicht vor, und als Umgehung ist eine solche Transaktion auch nicht zu werten, da der Gesellschaft als Grundeigentümerin und Bauberechtigter ja kein Vorkaufsberechtigter mehr gegenübersteht. Uebertrüge dagegen eine Kollektivgesellschaft einen ihr gehörenden Miteigentumsanteil auf einen Gesellschafter, müsste das für die übrigen Miteigentümer einen Vorkaufsfall bedeuten.

sen betrachtet, gelangt man zum gleichen Ergebnis. Die Rechtslage wird zudem erheblich vereinfacht, und die Fragen nach Vertretungsbefugnis und Akkreskenz erübrigen sich, da nicht mehr mehrere Personen, sondern nur noch die Gesellschaft als juristische Person berechtigt ist; u.E. rechtfertigt es sich deshalb, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft auch in Bezug auf ein ihnen zustehendes g VKR wie eine juristische Person und nicht wie eine gemeinschaftlich berechtigte Personenmehrheit zu behandeln.

Bleiben als letzte die gemeinschaftlich berechtigten Miteigentümer. Obwohl sich das Bundesgericht in BGE 73 II 162 für die Wirksamkeit der an einen einzelnen Erben gerichteten Mitteilung des Vorkaufsfalls ausgesprochen hat und obwohl die Befugnis des einzelnen Miteigentümers zur Vertretung der Gemeinschaft gemäss Art. 647 ZGB weiter geht als die des Miterben, scheint uns die Anzeige an einen Miteigentümer allein zu Handen der Gemeinschaft nicht auszureichen. Zwar ist die Situation für den mitteilungspflichtigen Veräusserer dieselbe, wie wenn er einer zu gesamter Hand berechtigten Vorkaufsgemeinschaft gegenübersteht; für ihn wäre es angenehm, nur eine Person zu benachrichtigen, nur eine Anzeige absenden zu müssen. Die gegenseitige Bindung unter Miteigentümern ist aber naturgemäss lockerer als diejenige in Gesamthandschaften, kann doch jeder anteilsmässig über seine Miteigentumsquote verfügen, ohne die andern erst fragen zu müssen. Die Anzeige muss deshalb jedem einzelnen Miteigentümer zugehen (182). Dass auch die Ausübungserklärung eines Miteigentümers nicht für die andern verbindlich sein kann, steht ausser Zweifel; sie fällt nicht in die Vertretungsbefugnis der Miteigentümergemeinschaft nach Art. 647 ZGB (183). Die Miteigentümer haben somit unabhängig voneinander binnen der für jeden einzelnen laufenden Frist zu erklären, ob sie das VKR ausüben wollen. Ueben alle es aus, steht das erworbene Grundstück anteilsmässig im Miteigentum (184); verzichtet einer auf die Ausübung oder lässt er die Frist unbenutzt ablaufen, vergrössert sich hier ohne weiteres der Umfang der Berechtigung jedes anderen. Der Grundsatz der Akkreskenz, der gemäss Satz 2 von § 513 BGB für die nach deutschem Recht im Status von Miteigentümern stehenden gesetzlich vorkaufsberechtigten Erben gilt, gilt entsprechend für die Miteigentümer nach schweizerischem Recht. Verzichten also alle ausser einem, so kann dieser eine das g VKR auf das Ganze für sich allein geltend machen.

5.3 Der Adressat der Ausübungserklärung

Adressat der Ausübungserklärung ist beim g VKR grundsätzlich der Vorkaufsverpflichtete. Wie beim vorgemerkten rechtsgeschäftlichen VKR ist das der jeweilige Eigentümer, also entweder der Veräusserer oder, nach erfolgtem Eigentumsübergang, der Dritterwerber (185). Nur dann, wenn ein Grundstück ohne Kenntnis des

---

182) WIEDERKEHR, S. 133.
183) LIVER, ZBJV 104 (1968) 13.
184) MEIER-HAYOZ, N. 79 zu Art. 682 ZGB; unten, § 21, S. 206f.
185) MEIER-HAYOZ, N. 234 zu Art. 681 ZGB; MBVR 1964, S. 367 E. 4; a.M. OSTERTAG, N. 34 zu Art. 959 ZGB; HAAB, N. 55 zu Art. 681/82 ZGB; SJZ 52 (1956) 50 Nr. 28.

Vorkaufsberechtigten dem Dritten schon zu Eigentum übertragen worden ist, genügt auch die fristgerechte Abgabe der Erklärung an den Verkäufer (186). Sie muss genügen, da der Veräusserer sonst die Geltendmachung des VKRs verhindern könnte, indem er es unterlässt, die Ausübungserklärung an den Dritten weiterzuleiten (187).

Hat der Vorkaufsberechtigte die Erklärung einer Personengemeinschaft gegenüber abzugeben, gelten die oben für die Entgegennahme der Anzeige dargelegten Regeln: Gestützt auf die Feststellung des Bundesgerichts in BGE 73 II 170, wonach der Vorkaufsberechtigte einer Erbengemeinschaft gegenüber die Ausübungserklärung mit Wirkung für alle einem einzelnen Miterben abgeben kann, "solange ihm nicht wenigstens bekannt ist, dass eine bestimmte Person mit der Vertretung der Erben oder der Verwaltung der Erbschaft betraut ist", ist jeder Gesamthänder berechtigt, eine Ausübungserklärung zu Handen der Gemeinschaft entgegenzunehmen. Miteigentümer dagegen sind einzeln zu orientieren.

5.4 Zum Sachverhalt im Agrarrecht

Beim bäuerlichen VKR stellt sich das Problem von Vertretungsbefugnis und Akkreskenz in dieser Form nicht. Adressat von Anzeige und Ausübungserklärung ist gemäss Art. 13/14 EGG der Grundbuchverwalter. Er hat im Rahmen des behördlichen Verfahrens die ihm zugegangenen Erklärungen den Parteien zu übermitteln. Nun können zwar auch mehrere Personen vorkaufsberechtigt sein: Geben aber mehrere Personen ungleichen Ranges die Ausübungserklärung ab, so bestimmt sich die Priorität nach der Rangfolge des Gesetzes. Eine gemeinschaftliche Berechtigung mehrerer Personen ist nur denkbar, wenn mehrere Berechtigte gleichen Ranges das VKR geltend machen. Sie haben die Möglichkeit, sich zu einer Gemeinderschaft zusammenzuschliessen (188), und dann gelten die für die g VKRe des ZGB entwickelten Richtlinien. Tun sie es nicht, so wird durch gütliche Auseinandersetzung oder durch Richterentscheid nach den Kriterien von Art. 11 EGG eine Reihenfolge für die Uebernahme des Gewerbes festgelegt (189).

5.5 Zum Sachverhalt bei den öffentlichen VKRen

Da die Vorkaufsberechtigung dem Gemeinwesen zusteht, der Gemeinde und/oder dem Kanton, je nach Wortlaut und Interpretation des Gesetzes, stellen sich die erörterten Probleme kaum. Berechtigt zur Abgabe der Ausübungserklärung ist das Gemeinwesen. Die Ausübungserklärung stellt einen freien Verwaltungsakt dar und bedarf deshalb der Schriftform (190). Sind als Eigentümer einer durch öffentliches VKR belaste-

---

186) MEIER-HAYOZ, N. 74 zu Art. 682 ZGB; WIEDERKEHR, S. 137.
187) MEIER-HAYOZ, N. 234 zu Art. 681 ZGB.
188) JENNY, S. 107.
189) JENNY, a.a.O.; oben, § 14, S. 123 Anm. 78.
190) Die Ausübungserklärung ist dem Bereich der freien, nicht der gebundenen Verwaltungstätigkeit zuzuordnen (vgl. GIACOMETTI, S. 71ff.), da eine Verpflichtung zur Ausübung des öffentlichen VKRs im allgemeinen nicht besteht. Dazu GLAUSER, S. 87ff.

ten Liegenschaft mehrere Personen gemeinschaftlich verpflichtet, sind sie hinsichtlich der Annahme der Ausübungserklärung de lege lata bei einem öffentlichen VKR gleich zu behandeln wie bei einem rechtsgeschäftlichen oder g VKR des Privatrechts.

6. Die Wirkungen der Ausübungserklärung

6.1 Allgemeines

Mit dem Zugehen (191) der Ausübungserklärung beim gesetzlich Vorkaufsverpflichteten wird das zwischen den Parteien von Gesetzes wegen bestehende schwebende Rechtsverhältnis umgestaltet: Der Vorkaufsberechtigte setzt die zweite Bedingung im doppelt suspensiv bedingten Kaufvertrag, der dadurch perfekt wird und seine Wirkung entfaltet.

Das Kaufvertragsverhältnis zwischen Vorkaufsberechtigtem und -verpflichtetem kann nur durch contrarius actus wieder aufgehoben werden (192). Ein einseitiger Widerruf der Ausübungserklärung ist gemäss Art. 3ff. OR nur vor ihrem Eintreffen bzw. vor der Kenntnisnahme durch den Verpflichteten möglich. Nach Zugang der Erklärung sollte deshalb nicht mehr von Widerruf oder Rückzug gesprochen werden (193). Falls aber eine Aufhebung im gegenseitigen Einverständnis zustande kommt, wird der Vertrag zwischen Veräusserer und Drittem wieder realiter vollstreckbar (194). Daraus ist zu ersehen, dass der Vorkaufsberechtigte nicht in den Vertrag mit dem Dritten eintritt (195). Der Vertrag mit dem Dritten fällt durch die Geltendmachung des g VKRs nicht ipso iure dahin, es sei denn, er sei vorausschauend unter der Bedingung abgeschlossen worden, das VKR werde nicht ausgeübt. Fehlt diese Klausel, so bleiben die vertraglichen Rechte und Pflichten zwischen Veräusserer und Dritterwerber bestehen (196). Der Veräusserer bleibt dem Dritten gegenüber grundsätzlich zur Erfüllung, d.h. zur Verschaffung des Eigentums am Vorkaufsobjekt verpflichtet, doch kollidieren die Ansprüche von Vorkaufsberechtigtem und Dritterwerber, wobei derjenige des Vorkaufsberechtigten von Gesetzes wegen vorgeht (197).

---

191) MEIER-HAYOZ, N. 238 zu Art. 681 ZGB; BGE 73 II 168; schon mit dem Absenden LEEMANN, N. 68 zu Art. 681 ZGB; WIEDERKEHR, S. 138f.

192) Das gilt auch für die öffentlichen VKRe. Bei der Erfüllung der aus dem Vorkauf resultierenden Pflichten steht die Gemeinde auf gleicher Ebene wie ihr Vertragspartner, sie handelt nicht hoheitlich (GLAUSER, S. 92).

193) Ungenaue Terminologie in ZBGR 35 (1954) 221f.

194) MEIER-HAYOZ, N. 236/38 zu Art. 681 ZGB.

195) MEIER-HAYOZ, N. 236 zu Art. 681 ZGB; anders BGE 73 II 167.

196) MEIER-HAYOZ, a.a.O.; die Vereinbarung einer Rücktrittsklausel zugunsten des Vorkaufsverpflichteten für den Fall des Vorkaufs ist jedoch üblich und empfehlenswert, da sie den Verkäufer vor Schadenersatzansprüchen des Dritten bewahrt (MEIER-HAYOZ, N. 199 zu Art. 681 ZGB; HAAB, N. 35 zu Art. 681/82 ZGB; SCHOENENBERGER, N. 28 zu Art. 216 OR; BGE 83 II 16; BJM 1956, S. 325 = ZBGR 38 (1957) 31).

197) Unten, S. 180.

Nach der rechtswirksamen Ausübung des g VKRs stehen sich der jeweilige Eigentümer des Vorkaufsobjekts, sei es der Veräusserer oder der Dritterwerber, und der Vorkaufsberechtigte - jetzt der Vorkäufer - als Kaufvertragsparteien gegenüber. Der Eigentümer ist verpflichtet, dem Vorkäufer gegen Bezahlung des Kaufpreises das Eigentum am Vorkaufsobjekt zu übertragen. Dazu hat der Grundeigentümer (198) gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB die Eintragung beim Grundbuchamt anzumelden oder den Vorkäufer bzw. die Urkundsperson zur Anmeldung zu bevollmächtigen. Als Rechtsgrundausweise nach Art. 965 ZGB sind die schriftliche Ausübungserklärung des Vorkäufers (199) und der öffentlich beurkundete Vertrag des Veräusserers mit dem Dritten erforderlich. Die öffentliche Beurkundung des Vorkaufs dagegen ist nicht nötig (200). Weigert sich der Grundeigentümer, seiner Verpflichtung zur Uebertragung nachzukommen, so hat der Vorkäufer die Wahl zwischen der Klage auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums und der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung (201).

Auch bei den öffentlichen VKRen richtet sich der durch die Abgabe der Ausübungserklärung zwischen dem Gemeinwesen und dem Vorkaufsverpflichteten zustande gekommene Vertrag nach den Bestimmungen des Privatrechts. Somit ist der Eigentumsübergang ebenfalls vom Grundbucheintrag abhängig zu machen und nicht wie bei der Expropriation auf den Zeitpunkt der Entrichtung der Entschädigungsumme bzw. des Kaufpreises vorzuverlegen (202).

---

198) Ist das Verkaufsobjekt eine bewegliche Sache, hat der Eigentümer die traditio vorzunehmen; um zu verhindern, dass der vereinbarte Preis mangels schriftlicher Abrede nicht ermittelt werden kann, hat die Spezialgesetzgebung eine Methode zur Preisfestsetzung vorzusehen (vgl. Art. 196 Ziff. 3 des appenzell. EG z ZGB).

199) Obwohl die Ausübungserklärung formlos gültig ist, verlangt der Grundbuchverwalter einen Beleg für die Verfügung.

200) LEEMANN, N. 70 zu Art. 681 ZGB; OSTERTAG, N. 36 zu Art. 959 ZGB; HAAB, N. 49 zu Art. 681/82 ZGB; HOMBERGER, N. 39 zu Art. 959 ZGB; WIEDERKEHR, S. 166; SCHMID, S. 96.

201) Für die Klage auf Zusprechung des Eigentums noch LEEMANN, N. 71 zu Art. 681 ZGB und HAAB, N. 44 zu Art. 681/82 ZGB. Das materielle Recht gibt dem Berechtigten mit Art. 665 Abs. 1 ZGB diese Möglichkeit des aussergrundbuchlichen Eigentumserwerbs. Bei einer Gesetzesrevision könnte die "ohnehin nicht systemgerechte" Bestimmung (LIVER, N. 37 zu Art. 731 ZGB) von Art. 665 Abs. 1 ZGB indessen gestrichen werden; denn man würde heutzutage ohnehin eher auf Abgabe einer Willenserklärung klagen und, falls sie nicht erfolgt, das richterliche Urteil an deren Stelle treten lassen. Seit das BGer in BGE 97 II 49ff. als allgemeinen Grundsatz des Bundesprivatrechts anerkannt hat, dass das zu einer Willenserklärung verurteilende Urteil die Willenserklärung ersetzt, darf Art. 78 BZP unabhängig von den kantonalen Zivilprozessordnungen gesamtschweizerisch als massgebend betrachtet werden (dazu KUMMER, ZBJV 109 (1973) 149 und oben, § 3, S. 55, Anm. 36). Zur Konkurrenz zwischen den beiden Klagemöglichkeiten vgl. CARONI-RUDOLF, S. 106ff.

202) GLAUSER, S. 93; vgl. auch MEIER-HAYOZ, N. 96 zu Art. 656 und N. 22ff. zu Art. 666 ZGB.

6.2 Der Vorkauf zwischen Vorkaufsberechtigtem und Veräusserer

Die einzelnen Rechte und Pflichten der Parteien ergeben sich beim nicht limitierten rechtsgeschäftlichen wie beim g VKR gemäss Art. 681 Abs. 1 ZGB aus dem vom Veräusserer mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrag (203). Der Vorkaufsberechtigte oder Vorkäufer hat also grundsätzlich die nämlichen Kaufsbedingungen zu erfüllen wie der Dritterwerber. Das bedeutet in erster Linie, dass der Vorkäufer beim illimitierten VKR den von Veräusserer und Dritterwerber vereinbarten Preis zu bezahlen hat. Für allfällige Nebenleistungen, die er nicht zu erbringen imstande ist, muss nötigenfalls ein Schätzungswert errechnet werden (204). Gelingt dies auf gütlichem Wege nicht, sind Sachverständige beizuziehen. Die dadurch entstehenden Kosten gehen zulasten des Vorkaufsberechtigten, in dessen Interesse die Durchführung des Verfahrens liegt (205).

Indessen kommen Erleichterungen, die der Veräusserer dem Dritten aus persönlichen Gründen, insbesondere in Anbetracht seiner Vertrauenswürdigkeit, gewährt hat, nicht ohne weiteres auch dem Vorkäufer zugute. Zu denken ist vorab an die Kaufpreisstundung. Der Vorkäufer kann darauf nur Anspruch erheben, wenn er für den gestundeten Betrag Sicherheit leistet, es sei denn, der Verkäufer habe sich bereits gegen jedes Risiko abgedeckt, indem er zur Sicherung der Kaufpreisforderung gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ein mittelbar gesetzliches Pfandrecht im Grundbuch hat eintragen lassen (206).

Der Veräusserer hat dem Vorkäufer das Grundstück zu Eigentum zu übertragen. Für ihn wird somit die Erfüllung des mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrags unmöglich. Dabei handelt es sich um eine nachträgliche unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 OR, die der Vorkaufsverpflichtete nicht zu vertreten hat (207). Zwar muss er um die Belastung der Kaufsache wissen (praesumptio iuris et de iure) und mit der Ausübung des VKRs rechnen. Eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Dritten besteht aber nicht - de lege ferenda wäre sie der Urkundsperson mit der Mitteilungspflicht zusammen zu überbinden -, da dieser als Käufer die gesetzliche Verfügungsbeschränkung seines Vertragspartners ebenfalls kennen muss (208).

Bei der Abwicklung des Vorkaufs ist stets vom Grundsatz auszugehen, dass dem Dritten durch die Ausübung des VKRs kein Schaden erwachsen darf (209); seine Rückforderungsansprüche gehen jedoch nur auf das negative Vertragsinteresse. In den

---

203) MEIER-HAYOZ, N. 239 zu Art. 681 ZGB.
204) LEEMANN, N. 73 zu Art. 681 ZGB.
205) WIEDERKEHR, S. 122f. und 183.
206) WIEDERKEHR, S. 184; LEEMANN, N. 74 zu Art. 681 ZGB; HAAB, N. 41 zu Art. 681/82 ZGB; SCHMID, S. 117.
207) Die gleiche rechtliche Konstruktion vertritt GLAUSER auch für die öffentlichen VKRe, S. 93.
208) MEIER-HAYOZ, N. 37 zu Art. 682 ZGB.
209) WIEDERKEHR, S. 122.

Fällen der Ausübung des VKRs soll er so gestellt sein, wie wenn er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte (210). Der Dritte hat sich für sämtliche Auslagen, die ihm aus dem unnützen Vertragsschluss erwachsen sind (Staatsabgaben, Honorar des Notars, eventuell Anzahlung), ausschliesslich an den vorkaufsverpflichteten Veräusserer zu halten, da er mit dem Vorkaufsberechtigten in keinerlei Vertragsverhältnis steht (211). Der Veräusserer seinerseits wird sich intern schadlos halten, indem er vorbehältlich abweichender Vereinbarung die Handänderungskosten gemäss Art. 188 OR vom Vorkäufer zurückfordern kann (212). Sämtliche Auslagen des Vertragsschlusses sind zudem vom Tage der Verurkundung an vom Vorkäufer zugunsten des Dritten zu verzinsen; hingegen gehen Mehrkosten, die entstehen, weil das Vorkaufsobjekt vor Ablauf der Monatsfrist dem Dritten übereignet wurde und sich somit nach Ausübung des VKRs doppelte Handänderungsgebühren auflaufen, zu Lasten des Verkäufers; denn weder der Vorkaufsberechtigte noch der Dritte sind dafür haftbar zu machen (213).

6.3 Der Vorkauf zwischen Vorkaufsberechtigtem und Drittem

Die bezüglich des vorgemerkten VKRs hin und wieder vertretene und durch eine gesetzwidrige Praxis mancherorts geförderte Ansicht, wonach der Eintrag des Dritten ins Grundbuch nicht erfolgen dürfe, bevor feststehe, ob das VKR im konkreten Fall ausgeübt werde, wonach dem vorgemerkten VKR also grundbuchsperrende Wirkung innewohne, sollte heute nicht mehr zur Diskussion stehen (214). Sie ist mit der Auffassung vom realobligatorischen Charakter von vorgemerktem und g VKR nicht vereinbar (215). Es entspricht aber dem normalen Geschäftsablauf, dass der Dritte die Eintragung als Eigentümer im Grundbuch nicht verlangt, bevor er weiss, dass das VKR nicht ausgeübt wird (216). Die oben erläuterten Fälle, in denen Vorkaufsberechtigter und Veräusserer Parteien des Vorkaufsvertrags sind, bilden somit in der Praxis die Regel.

Von besonderem rechtlichem Interesse sind indessen die Ausnahmesituationen, in welchen der Dritte im Moment der Ausübung des VKRs bereits Eigentümer des Vor-

---

210) Zum Begriff des negativen Vertragsinteresses vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, S. 88/89.

211) GLAUSER, S. 93, gibt dem Dritterwerber gegen die ihr VKR ausübende Gemeinde einen direkten Anspruch auf Ersatz seiner mit dem Grundgeschäft zusammenhängenden Kosten. U.E. hat sich der um die Realerfüllung geprellte Dritte jedoch auch bei einem öffentlichen VKR an seinen Vertragspartner zu halten, da ihn mit dem Vorkäufer keine Vertragsbeziehungen verbinden. Nur bei Insolvenz des Veräusserers müsste er gegen den Vorkäufer bzw. das Gemeinwesen mit einer Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung vorgehen.

212) So auch WIEDERKEHR, S. 184 in Verbindung mit S. 194.

213) LEEMANN, N. 75 zu Art. 681 ZGB; WIEDERKEHR, S. 185; ALLGAEUER, S. 81/82.

214) MEIER-HAYOZ, N. 276 zu Art. 681 ZGB mit Hinweisen auf Literatur und Praxis.

215) MEIER-HAYOZ, N. 277 zu Art. 681 ZGB.

216) MEIER-HAYOZ, N. 255 zu Art. 681 ZGB.

kaufsobjekts geworden ist. Die Anerkennung des vorgemerkten und g VKRs als Realobligation wirkt sich zugunsten einer einfachen, leicht überblickbaren Abwicklung des Vorkaufs aus: Der Dritte befindet sich nunmehr in der Stellung des Verkäufers, während dem Vorkaufsberechtigten Rechte und Pflichten des Käufers zufallen (217). Der Vorkaufsberechtigte und Vorkäufer kann sich somit für alle seine Ansprüche p r i m ä r an den Dritten halten (218). Nur wenn er nicht befriedigt wird, haftet ihm s u b s i d i ä r auch der Veräusserer (219). Dafür steht dem als Eigentümer im Grundbuch bereits eingetragenen Dritterwerber gegenüber dem sein VKR ausübenden Berechtigten d i r e k t eine Forderung auf den Kaufpreis zu (220). Auch er braucht also nicht mehr gegen den Veräusserer vorzugehen. Das hat den eminent wichtigen praktischen Vorteil, dass rechtlich unerwünschte Situationen vermieden werden. So kann es nicht mehr vorkommen, dass der Veräusserer im Extremfall den Kaufpreis zweimal erhält und der Dritte leer ausgeht, also aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Veräusserer klagen müsste, falls dieser nicht gemäss Art. 192 Abs. 2 OR ausdrücklich die Gewähr für Entwehrung übernommen hat (221).

Im einzelnen stellen sich bezüglich der Abwicklung des Vorkaufs zwischen Vorkaufsberechtigtem und eingetragenem Dritterwerber folgende Probleme:

a) Die Einreden des Dritten
b) Die Stellung des Dritten und des Veräusserers
c) Früchte und Aufwendungen
d) Die Auswirkung mehrmaliger Handänderungen während der Ausübungsfrist.

ad a) Da der Dritte mit dem Eigentumserwerb ipso iure die Vorkaufsverpflichtung übernimmt, stehen im grundsätzlich alle Einreden aus dem Vorkaufsverhältnis zwischen Veräusserer und Vorkaufsberechtigtem zu, so z. B. die Einrede, die Ausübungserklärung sei zu spät erfolgt oder der Ausübende sei zum Vorkauf nicht berechtigt. Falls der Veräusserer gemäss Art. 193 OR die Haftung für die Entwehrung ausdrücklich übernommen hat, kann der Dritte ihm aber auch den Streit verkünden, damit der die Einreden aus dem ursprünglichen Vorkaufsverhältnis selbst vorbringe (222).

Normalerweise wird der Dritte die Uebertragung des Grundstückes gemäss Art. 82 OR von der Erbringung der Gegenleistung, der Bezahlung des Kaufpreises, abhängig machen. Nun stellt sich die Frage, ob der Dritte dem Berechtigten die Einrede der

---

217) BGE 92 II 155 E. 4; WIEDERKEHR, S. 187.
218) Er muss also nicht teils gegen den Veräusserer, teils gegen den Dritten vorgehen; siehe oben, § 2, S. 47f. und MEIER-HAYOZ, N. 256 zu Art. 681 ZGB.
219) MEIER-HAYOZ, a.a.O.; WIEDERKEHR, S. 172; unten, S. 183.
220) MEIER-HAYOZ, N. 257 zu Art. 681 ZGB; so auch bereits WIEDERKEHR, S. 161; ALLGAEUER, S. 144; OSTERTAG, N. 13 und 15 zu Art. 959 ZGB.
221) MEIER-HAYOZ, a.a.O.; vgl. dazu WIEDERKEHR, S. 152ff.; PIOTET Paul, Des effets de l'annotation au registre foncier de rapports de droit personnels, ZSR 79 (1960) I/422; derselbe, Du nouveau quant aux rapports de droit personnels annotés au registre foncier?, ZBGR 46 (1965) 140f.
222) MEIER-HAYOZ, a.a.O.

nicht erbrachten Gegenleistung auch entgegenhalten kann, wenn er sich selbst im Vertrag mit dem Veräusserer das Recht ausbedungen hat, den Kaufpreis erst in einem späteren Zeitpunkt zu entrichten. Die Antwort lautet: nein. Da der Vorkaufsberechtigte zu den gleichen Bedingungen kauft wie der Dritte, muss ihm konsequenterweise auch die dem Dritten gewährte Vergünstigung zugute kommen, so dass er erst bezahlen muss, wenn der Dritte seinerseits vom Veräusserer zur Kasse gebeten wird (223). Dem Veräusserer erwächst dadurch kein Nachteil.

ad b) Der als Eigentümer im Grundbuch eingetragene Dritte ist durch zwei Verträge gebunden: Einerseits haftet er dem Veräusserer für die Bezahlung des Kaufpreises, andererseits hat er dem Vorkaufsberechtigten nach Abgabe der Ausübungserklärung das Grundstück herauszugeben, haftet also für die Erfüllung des vorgemerkten Vorkaufsvertrages bzw. für die Erfüllung des durch Gesetz gültig zustande gekommenen Kaufvertrages zwischen ihm und dem Vorkäufer. Letzteres ist für ihn als Konsequenz aus der realobligatorischen Auffassung von vorgemerktem und g VKR durchaus zumutbar; denn er hat das Bestehen des VKRs zu kennen, sei es der Vormerkung im Grundbuch, sei es der im Gesetz angeordneten Verfügungsbeschränkung wegen. Lässt er sich dennoch als Eigentümer im Grundbuch eintragen, bevor über Ausübung oder Nichtausübung des VKRs Klarheit herrscht, so hat er zu recht für den Schaden einzustehen, der dem Vorkäufer aus der Nicht- oder Schlechterfüllung seines Anspruchs erwächst (224).

Anders als im Normalfall, wo der Veräusserer Vorkaufsverpflichteter ist und der Dritte vor Schaden bewahrt werden muss, sind hier nun die Interessen des Vorkaufsberechtigten als besonders schutzwürdig in den Vordergrund zu stellen. Nach Uebertragung des Vorkaufsobjekts auf den Dritten steht der Vorkaufsberechtigte ungefragt einem unbekannten neuen Schuldner gegenüber. Damit er durch den Parteiwechsel keinen Nachteil erleidet, wie schon befürchtet worden ist (225), drängt es sich auf, beim vorgemerkten wie beim g VKR neben dem Dritten subsidär den Veräusserer für die richtige Erfüllung des Vorkaufsvertrages bzw. des gesetzlichen Anspruchs des Vorkäufers haften zu lassen; denn der Veräusserer hat den Schuldnerwechsel zu verantworten. So ist es denn rechtens, wenn er auch für Ansprüche - meist aus Sachmängelhaftung - gerade zu stehen hat, die der Dritte wegen Insolvenz nicht zu befriedigen vermag (226).

ad c) Grundsätzlich hat der Vorkäufer dem Dritten den Kaufpreis zu bezahlen, den dieser laut Kaufvertrag dem Veräusserer entrichtet hat. Für den Vorkaufsberechtigten bedeutet das selbstverständlich, dass er beanspruchen darf, das Vorkaufsobjekt in dem Zustande zu übernehmen, in dem es der Dritte erworben hat. Das aber bietet praktische Probleme.

---

223) MEIER-HAYOZ, N. 257 zu Art. 681 ZGB.
224) MEIER-HAYOZ, N. 258 zu Art. 681 ZGB.
225) SUNGURBEY Ismet, L'effet de l'annotation des droits personnels au registre foncier, ZSR 85 (1966) 1. Halbband, S. 130/31.
226) MEIER-HAYOZ, N. 212ff. und 258f. zu Art. 681 ZGB.

Unter Umständen hat der Dritte bei Ausübung des VKRs die Sache bereits einige Wochen in Händen (227); wiewohl ein Grundstück binnen kurzer Frist höchstens konjunktur-, kaum aber nutzungsbedingte Wertänderungen erfährt, ist aus theoretischen Erwägungen kurz auf die Stellung des Dritterwerbers bezüglich Aufwendungen und Genuss ziviler und natürlicher Früchte einzutreten. Gestützt auf die Grundregeln über die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers und des Nutzniessers hat WIEDERKEHR für das g VKR der Miteigentümer eine praktikable Lösung erarbeitet, die sich im wesentlichen auch für die übrigen g VKRe vertreten lässt (228).

V o r der Abgabe der Ausübungserklärung durch den Berechtigten darf der Dritte, obwohl rechtmässiger Eigentümer, über das Vorkaufsobjekt nur in dem Masse verfügen, als sich das mit dem Recht des Vorkaufsberechtigten verträgt. Insbesondere hat er, anders als der gutgläubige Besitzer, für den Untergang und jede Wertminderung der Sache einzustehen, sofern ihm ein Verschulden zur Last fällt. Sein Verschulden wird vermutet. Er haftet von Gesetzes wegen als Eigentümer dem Vorkaufsberechtigten gegenüber aus Vertrag, kann sich jedoch exkulpieren. In dieser Hinsicht gleicht seine Stellung der des Nutzniessers nach Art. 752 ZGB (229).

Früchte, die der Dritte durch ordentliche Bewirtschaftung des Vorkaufsobjekts gewonnen hat, braucht er nicht zurückzuerstatten (230).

Bei den Aufwendungen auf die Sache ist zu unterscheiden zwischen notwendigen, nützlichen und luxuriösen (231). Für die notwendigen Verwendungen, die zwecks Werterhaltung und bestimmungsmässigem Gebrauch der Sache aufgebracht werden müssen, hat der Vorkäufer vollen Ersatz zu leisten. Ueber die Frage, ob er sie auch zu verzinsen habe, kann man geteilter Meinung sein. Einerseits erscheint es im Hinblick auf die meist nur kurze in Frage kommende Zeitspanne, den Fruchtgenuss und die Tatsache, dass der Dritte mit der Ausübung des VKRs rechnen muss, zu weitgehend, ihm noch das Recht auf Verzinsung seiner notwendigen Aufwendungen zuzugestehen (232). Andererseits ist es denkbar, dass der Dritte die Uebertragung zu Eigen-

---

227) Verletzt der Veräusserer seine Anzeigepflicht, so kann sich diese Zeitspanne erheblich verlängern; doch haftet er dann dem Vorkaufsberechtigten gegenüber aus Art. 97ff. OR für eine Wertminderung, denn der Dritte muss nach Ablauf der Monatsfrist nicht mehr mit der Ausübung des VKRs rechnen und ist einem gutgläubigen Besitzer gleichzustellen.

228) Vgl. dazu WIEDERKEHR, S. 187ff. und die Ausführungen OSTERTAGS und HOMBERGERS zu den Art. 938/39 ZGB.

229) WIEDERKEHR, S. 187.

230) WIEDERKEHR, S. 188.

231) Impensae necessariae, utiles et voluptariae des römischen Rechts. Das Gesetz spricht im revidierten Miteigentumsrecht nicht mehr von luxuriösen Aufwendungen - man wollte offenbar Fremdwörter vermeiden -, sondern von "der Verschönerung und der Bequemlichkeit dienenden Massnahmen" (Art. 647 e ZGB), meint aber dasselbe.

232) Vgl. HOMBERGER, N. 12 zu Art. 939 ZGB, wonach dem gutgläubigen Besitzer, solange er Gebrauch und Nutzung hat, für die Forderung von Verwendungen kein Zinsanspruch zusteht. Zinse und Früchte sollen sich ausgleichen.

tum nicht verlangt und deshalb nicht zu verantworten hat, dass ihm bei Beschädigung der Sache der Exkulpationsbeweis nicht gelingt und er infolgedessen übermässig grosse Reperaturaufwendungen und keinen Fruchtgenuss hat, so dass es stossend wäre, ihm das Recht auf Vergütung solcher Zinsen abzusprechen (233). Dass es in vielen Fällen der Billigkeit entspricht, von kleinlichen Berechnungen abzusehen, sollte nicht besonders betont werden müssen. Zu recht weist aber WIEDERKEHR darauf hin, dass Früchte niemals mit den Zinsen für die Kosten des Vertragsschlusses verrechnet werden dürfen, da diese Kosten entstehen, bevor der Dritte das Vorkaufsobjekt in Händen hat (234).

Anders zu behandeln sind die nützlichen und die luxuriösen Aufwendungen. Nützlich sind Aufwendungen, die zur Erhaltung der Sache zwar nicht unbedingt notwendig sind, wohl aber ihren Wert erhöhen. Für sie hat der Dritte dem Vorkäufer gegenüber keine Ersatzforderung. Diese Abweichung von Art. 939 Abs. 1 ZGB rechtfertigt sich mit Rücksicht auf die kurze Ausübungsfrist und die besondere Rechtsstellung des Vorkaufsberechtigten. Er ist u.U. finanziell gar nicht in der Lage, bei Ausübung seines VKRs eine solche zusätzliche Leistung zu erbringen. Der Dritte hat das Risiko von Investitionen dieser Art selbst zu tragen; dagegen ist ihm die mögliche Verwendung für eigene Zwecke grundsätzlich zuzugestehen, indem das in Art. 939 Abs. 2 ZGB statuierte Wegnahmerecht für luxuriöse Verwendungen, das ius tollendi des römischen Rechts, auf die nützlichen Verwendungen auszudehnen ist (235). Bei Miteigentumsanteilen als Vorkaufsobjekten ist allerdings zu unterscheiden, ob die nützlichen oder luxuriösen Verwendungen nur den Wert eines Anteils oder aber den der ganzen Liegenschaft erhöhen. Im zweiten Fall kann der Dritte dann das Wegnahmerecht nicht ausüben, wenn die Mehrheit oder alle übrigen Miteigentümer die Verwendung beschlossen haben und die Zustimmung zur Wegnahme versagen (236). Für diese Situation gewährt WIEDERKEHR dem Dritten einen Ersatzanspruch, sofern die Verwendung nicht "in fraudem retractus" und mit seiner Zustimmung erfolgt ist (237). Diese Lösung ist rechtens.

Für die auf das Vorkaufsobjekt verwendete eigene Arbeit und für Zeitverlust bleibt dem Dritten jeglicher Ersatzanspruch versagt (238). In dieser Beziehung ist er dem gutgläubigen Besitzer wieder gleich zu stellen. Die ihm letztlich zustehenden Ersatzforderungen für notwendige Aufwendungen und allfällig aufgelaufene Zinsen hat er, auch wieder in Analogie zu Art. 939 Abs. 3 ZGB, mit dem Wert der bezogenen Früchte zu verrechnen.

---

233) Ist das Vorkaufsobjekt ein Baurecht, können u.U. erhebliche Differenzen zwischen den Baurechtszinsen als notwendigen Aufwendungen und eingenommenen Mietzinsen als zivilen Früchten entstehen. Je nach Sachverhalt und Höhe der Summe ist über die Angemessenheit einer Zinsforderung zu entscheiden.

234) WIEDERKEHR, S. 188, Anm. 16.

235) WIEDERKEHR, a.a.O.; MEIER-HAYOZ, N. 282 zu Art. 681 ZGB.

236) Vgl. Art. 647 a-e ZGB.

237) WIEDERKEHR, S. 189, Anm. 18.

238) WIEDERKEHR, S. 189.

Nach der Ausübung des VKRs sind die Normen über den Kauf, die Art. 184ff. OR, anwendbar. Der Dritte hat als nunmehriger Verkäufer die Pflicht, den Kaufgegenstand mit der nötigen Sorgfalt zu verwahren und dem Vorkaufsberechtigten, vorbehältlich anderer Vereinbarung, unverzüglich zu übereignen. Der Vorkäufer seinerseits ist zur Bezahlung des Kaufpreises und zur Annahme der Sache verpflichtet. Die Leistungen haben Zug um Zug zu erfolgen, wobei sich die Vorleistungspflicht des Verkäufers aus Art. 213 Abs. 1 OR ergibt (239).

ad d) Da der jeweilige Eigentümer des Vorkaufsobjekts durch die Realobligation verpflichtet wird, kann der Vorkaufsberechtigte bei gegebenem Vorkaufsfall jedem neuen Erwerber gegenüber sein VKR geltend machen, und zwar ohne Rücksicht auf dessen Erwerbstitel. Der Vorkaufsberechtigte braucht sich nicht darum zu kümmern, ob ein nächster Erwerber die Sache derivativ durch Kauf, Tausch oder Schenkung etc. oder ob er sie - der Fall dürfte selten sein - originär durch Aneignung erworben hat. Es stellt sich jedoch die Frage, welche Leistung der Vorkäufer einem zweiten oder dritten Erwerber der Sache gegenüber zu erbringen hat.

Ist die Sache zu einem höheren Preis weiterverkauft worden, versteht sich von selbst, dass der Vorkäufer nur zum Bezahlen des im ersten Kaufvertrag festgesetzten Preises verpflichtet ist, wäre er doch sonst jeder Spekulation schutzlos ausgeliefert: sein g VKR würde illusorisch. Bei Weiterverkauf zu tieferem Preis lässt sich das Festhalten an diesem Grundsatz der Einfachheit und Konsequenz halber zwar ebenfalls vertreten, doch ist eine differenziertere Lösung vorzuziehen. Der tiefere Kaufpreis muss u.E. dem Vorkaufsberechtigten zugute kommen, allerdings weniger zur Verhütung unlauterer Machenschaften zu seinem Nachteil, wie WIEDERKEHR annimmt (240) als vielmehr aus grundsätzlichen Erwägungen. Dem Dritten, der das Vorkaufsobjekt als Eigentümer in Händen hat, steht eine direkte Kaufpreisforderung gegen den Vorkäufer zu. Die Höhe dieser Forderung darf nun den Betrag nicht übersteigen, den der Dritte seinem Vorgänger, dem zweiten Veräusserer und ersten Dritterwerber, hat bezahlen müssen. Zwar soll der jeweilige Eigentümer nicht geschädigt werden, aber noch weniger steht es ihm zu, einen Betrag zu verlangen, durch den er sich ungerechtfertigt bereichert hat. Für eine Mehrforderung fehlt somit die rechtliche Grundlage. Die Preiseinbusse hat derjenige zu tragen, der aus besonderem Grunde, eventuell in einer Notlage, billiger weiterverkaufen musste.

Der Vorkaufsberechtigte kann sich nun allerdings nicht auf diese finanzielle Begünstigung berufen, wenn ein weiterer Dritterwerber die Sache durch ein Rechtsgeschäft erhalten hat, das keinen Vorkaufsfall darstellt, z.B. durch Schenkung. In solchen Fällen muss er den im ersten Kaufvertrag festgesetzten Kaufpreis bezahlen, wobei der Ausgleich zwischen dem ersten Veräusserer und dem zweiten oder dritten Eigentümer nach den allgemeinen Regeln des OR zu erfolgen hat (241).

Die Mitteilungspflicht nach Art. 681 Abs. 2 ZGB trifft den ersten Verkäufer wie seine Rechtsnachfolger, treten sie doch nach Uebertragung des Eigentums von Gesetzes we-

---

239) Vgl. auch WIEDERKEHR, S. 190f.
240) WIEDERKEHR, S. 179.
241) WIEDERKEHR, a.a.O.

gen als Vorkaufsverpflichtete an seine Stelle. Da die Kenntnis der neuen Vorkaufsbedingungen für den Ausübungsentschluss des Vorkaufsberechtigten u.U. von Bedeutung ist, erscheint es sinnvoll, die Ausübungsfrist von jeder Handänderung an neu laufen zu lassen (242); denn dem Vorkaufsberechtigten nützt es wenig, wenn ihm die Mitteilung vom tieferen Kaufpreis am letzten Tag der laufenden Frist zugeht, er aber weder Zeit zum Ueberlegen geschweige denn zum Ausüben seines Rechts hat.

6.4 Die Auslegung des Kaufvertrages von Veräusserer und Drittem

Die für Verkehrsgeschäfte allgemein geltenden Interpretationsregeln gelten grundsätzlich auch für die Auslegung des vom Veräusserer mit dem Dritten abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäfts (243), auf dem beim illimitierten VKR Rechte und Pflichten der Vorkaufsparteien beruhen. Die subjektiven Elemente, die in Person von Veräusserer und Drittem liegen, fallen jedoch weniger ins Gewicht, da bei jeder Uebereinkunft, die sich auf Dritte auswirkt - MEIER-HAYOZ nennt als weiteres Beispiel die von Miteigentümern vereinbarte Verwaltungsordnung, die auch die Einzelrechtsnachfolger der ursprünglichen Vertragsparteien bindet (244) -, ein vermehrt das Vertrauensprinzip in den Vordergrund rückender Massstab angelegt werden muss. Da der Vorkaufsberechtigte am Vertragsschluss nicht beteiligt war, ist deshalb auch sein Standpunkt gebührend zu berücksichtigen (245).

---

242) A.M. WIEDERKEHR, der den Weiterverkauf innerhalb der Ausübungsfrist nicht als neuen Vorkaufsfall betrachtet.

243) Zur Auslegung von Verkehrsgeschäften vgl. OFTINGER Karl, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 80 (1939) 178ff. und BGE 82 II 584f. E. 5 und 6; MEIER-HAYOZ, N. 240 zu Art. 681 ZGB.

244) MEIER-HAYOZ, N. 36 zu Art. 647 ZGB.

245) MEIER-HAYOZ, N. 240 zu Art. 681 ZGB.

§ 19 DIE ABAENDERUNG G VKRe

1. Die Arten der Abänderung

Neben der Aufhebung g VKRe, die als Spezialfall der Abänderung in Art. 682 Abs. 3 ZGB explizit erwähnt ist und in der Praxis die grösste Rolle spielt, fallen unter den Begriff der Abänderung sowohl Einschränkungen g VKRe als auch Erweiterungen (1). Als Einschränkungen kommen Abreden in Frage, die den Vorausverzicht auf das VKR für eine oder mehrere betroffene Personen in einem oder mehreren Fällen (2), die Verkürzung der Ausübungsfrist (3) oder die Limitierung des g VKRs zum Inhalt haben. Da die totale, auch die Singularsukzessoren bindende Aufhebung der g VKRe des ZGB zulässig ist (4), sind a maiore minus auch weniger weitgehende Einschränkungen grundsätzlich erlaubt. Schwieriger ist hingegen die Beurteilung der das g VKR erweiternden Modifikationen, so die Ausdehnung der Vorkaufsfälle auf Sachverhalte, die keinen typischen Vorkaufsfall darstellen (5).

1.1 Zur Limitierung im besonderen

Als eine Form der Einschränkung der g VKRe des ZGB ist die Limitierung nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht untersagt. Beim vorgemerkten wie beim g VKR stellt sich jedoch die Frage nach ihrer Zuträglichkeit. Haupteinwand gegen eine absolute Limitierung dürfte denn auch die Bindung des Einzelrechtsnachfolgers der ursprünglichen Vertragsparteien sein. Beim vorgemerkten VKR fällt sie zwar mit dem VKR nach zehn Jahren dahin; beim g VKR dauert sie, solange das besondere Grundverhältnis besteht. Obwohl gemäss Art. 682 Abs. 1 und 2 ZGB Vorkaufsberechtigung und -verpflichtung gegenseitig sind und sich die Parteien mit einer Preisfestsetzung im Normalfall wohl auch gegenseitig in der Dispositionsfreiheit einschränken, ist vor allem bei Begründung des Baurechtsverhältnisses denkbar, dass der Grundeigentümer statt der Aufhebung des g VKRs des Bauberechtigten eine Kaufpreislimitierung für das Baurecht verlangt. Ist das Vorkaufsobjekt, sei es Miteigentumsanteil, Grundstück oder Baurecht, derart belastet, wird seine Veräusserlichkeit erschwert, der Eigentümer vom Verkauf abgehalten, was dem gesetzgeberischen Zweck zuwiderläuft und zudem den Anreiz zur Umgehung bietet (6). Kommt es doch zum Verkauf, besteht die Gefahr, dass ein späterer Eigentümer Investitionen scheut, eventuell sogar den notwendigen Unterhalt zum Nachteil des Vorkaufsberechtigten vernach-

---

1) FRIEDRICH, ZBGR 45 (1964) 343.
2) Zum Begriff der Aufhebung vgl. unten, § 20, S. 199ff.
3) WIEDERKEHR, S. 105.
4) Zum bäuerlichen VKR unten, S. 195.
5) Oben, § 18, S. 159f. und unten, S. 191ff.
6) Die von WIEDERKEHR geäusserte Befürchtung, eine Limitierung des Miteigentümervorkaufsrechts könnte den Miteigentümer auch vom Gebrauch seines Rechts abschrecken, teilen wir nicht, da in Zeiten der Hochkonjunktur Preissenkungen nicht mehr zu erwarten sind; vgl. WIEDERKEHR, S. 197.

lässigt. Zwar ist auch der zum voraus festgelegte Verkaufspreis bei Wertverminderungen, die nach der Limitierung eingetreten sind, noch modifizierbar; Streitigkeiten werden sich in der Praxis aber kaum vermeiden lassen. Schliessen schon die aus den Aufwendungen resultierenden Ersatzansprüche Prozessstoff in sich (7), trifft das beim absolut limitierten g VKR noch in vermehrtem Masse zu. So werden Miteigentums- und Baurechtsgemeinschaft durch Abänderungen, welche den Kaufpreis beim g VKR begrenzen, zusätzlich belastet; die Parömie "communio est mater rixarum" kommt verstärkt zur Geltung.

Wie beim rechtsgeschäftlichen VKR schafft die Limitierung natürlich auch beim g VKR noch die zusätzlichen Probleme der Bemessung von Wertänderungen des Vorkaufsobjekts, die sich beim einfachen VKR nicht stellen können. Zwar sollte der limitierte Preis Wertänderungen der Sache nur ausnahmsweise noch angepasst werden. Unbeachtlich sind jedoch nur Wertänderungen des Vorkaufsobjekts infolge von Umständen, die der jeweilige Eigentümer nicht zu vertreten hat: Naturereignisse, staatliche Eingriffe und insbesondere Konjunkturschwankungen, die den Wert von Grundstücken wesentlich hinabdrücken bzw. erhöhen können, beeinflussen die festgelegte Preislimite nicht, da die Parteien just solche Ereignisse bei ihrer Abmachung in Betracht gezogen haben. Sie wollen ja zukünftige Preisschwankungen unter sich ausschalten, so dass durch unvorhergesehenes Geschehen keine auf Kosten der andern bevorzugt oder benachteiligt werde (8). Anders ist jedoch die Situation, wenn der Vorkaufsverpflichtete die Wertänderung der Sache verursacht hat. Trotz Limitierung des Preises ist davon auszugehen, dass der Vorkäufer diesen Preis nur zu bezahlen hat, wenn ihm das Vorkaufsobjekt in dem Zustand übergeben wird, in dem er sich im Zeitpunkt der den Vorkaufspreis bestimmenden Abänderung des VKRs, oder genauer, im Zeitpunkt der Vormerkung der Preislimite befunden hat (9).

Betrachten wir vorerst die Wertverminderungen. Vor Eintritt des Vorkaufsfalles hat der Berechtigte keine Möglichkeit einzugreifen, um Wertverminderungen zu verhindern. Art. 152 Abs. 2 OR kann nicht zur Anwendung kommen, da der Verpflichtete in seinen Eigentumsbefugnissen übermässig eingeengt würde (10); zudem steht nicht fest, ob überhaupt je ein Vorkaufsfall eintritt und ob gegebenenfalls der Begünstigte sein Recht ausüben wird. Nach Ausübung des VKRs kann der Berechtigte wegen Wert-

---

7) Oben, § 18, S. 183ff.

8) MEIER-HAYOZ, N. 278 zu Art. 681 ZGB; WIEDERKEHR, S. 195; LEEMANN, N. 79 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, S. 114; ALLGAEUER, S. 71ff. - Sollten sich allerdings die Verhältnisse seit Limitierung des Kaufpreises so einschneidend geändert haben, dass die eine Partei für ihre Leistung einen absolut ungenügenden Gegenwert erhielte, so könnte sie als ultima ratio versuchen, den Vertrag unter dem Gesichtspunkt der clausula rebus sic stantibus vom Richter auflösen, eventuell den vereinbarten Preis anpassen zu lassen (MERZ, N. 188ff. zu Art. 2 ZGB).

9) MEIER-HAYOZ, N. 76 und 279 zu Art. 681 ZGB.

10) MEIER-HAYOZ, N. 281 zu Art. 681 ZGB; HAAB, N. 43 zu Art. 681/82 ZGB; SCHMID, S. 115; a.M. ALLGAEUER, S. 77ff. und LEEMANN, N. 85 zu Art. 681 ZGB.

verminderungen, die nach der Limitierung eingetreten und vom Verpflichteten zu verantworten sind, gemäss Art. 205 OR die Minderungsklage anstrengen. Der Richter muss den Preis herabsetzen unabhängig davon, ob der Kläger bei Ausübung des VKRs von der Verschlechterung der Sache Kenntnis hatte, da für die Gewährleistungspflicht der Zustand im Zeitpunkt der Preislimitierung massgebend ist (11).

Als vom Verpflichteten zu vertretende Wertveränderungen des Vorkaufsobjekts sind vor allem Lasten von praktischer Bedeutung, die nach der Festsetzung des Kaufpreises auf das Grundstück oder Baurecht gelegt worden sind. Der gesetzlich Vorkaufsberechtigte hat die Wahl: Entweder verlangt er die Löschung der nach der Vormerkung der Preislimite im Grundbuch eingetragenen Lasten oder aber er lässt die Belastungen gegen entsprechende Kaufpreisreduktion gegen sich gelten (12). Hat ein Miteigentumsanteil eine Wertsenkung erfahren, weil das gesamte Grundstück nachträglich belastet worden ist, muss der einzelne Miteigentümer natürlich dafür einstehen, da er der Belastung zugestimmt hat (13); normalerweise wird allerdings die vereinbarte Preislimite den neuen Gegebenheiten angepasst worden sein (14).

---

11) MEIER-HAYOZ, N. 280 zu Art. 681 ZGB.

12) WIEDERKEHR, S. 195; nur diese zweite Variante steht ihm zu, falls die Limitierung des Preises nicht vorgemerkt wurde.

13) Gemäss Art. 648 Abs. 3 ZGB, der dem Gesetz mit der Stockwerkeigentumsnovelle in den Jahren 1963/65 eingefügt worden ist, können die Miteigentümer die Sache selbst nur solange mit Grundlasten oder Grundpfandrechten belasten, als an den einzelnen Miteigentumsanteilen keine solchen Rechte bestehen. Unter dem früheren Rechtszustand war die Frage umstritten, ob eine Verpfändung der Sache nach der Belastung der Anteile noch zulässig sei oder nicht (Literaturhinweise in BGE 95 I 568ff.). Mit dem Erlass von Art. 648 Abs. 3 ZGB wollte der Gesetzgeber die Kontroverse beilegen, und in BGE 95 I 568ff. = Pr 59 Nr. 49 hat das BGer präzisiert, dass den Miteigentümern durch Art. 648 Abs. 3 ZGB schlechthin verboten werde, das Grundstück nach der Verpfändung einzelner Anteile noch mit Pfandrechten zu belasten, die den Anteilspfandrechten nachgehen würden, dass aber mit Zustimmung sämtlicher Miteigentümer u n d Anteilspfandgläubiger ein den bestehenden Anteilspfandrechten vorgehendes Pfandrecht an der Sache selbst errichtet werden könne. Ueber die weitere Auslegung von Art. 648 Abs. 3 ZGB ist die Diskussion aber bereits wieder im Gang, gehen doch jetzt die Meinungen hinsichtlich der Frage auseinander, ob die Bestimmung von Art. 648 Abs. 3 ZGB nur für vertragliche oder auch für gesetzliche Grundpfandrechte Geltung habe. Vgl. dazu WIPFLI Peter, Das gesetzliche Pfandrecht für Leistungen der Bauhandwerker an mehreren Liegenschaften und an Liegenschaften mit Eigentumswohnungen, ZBGR 52 (1971) 65ff., und OTTIKER Moritz, Zum Bauhandwerkerpfandrecht beim StWE, ZBGR 52 (1971) 193ff.

14) Neben den Belastungen bewirken auch der Verkauf von Zubehör oder eines realen Teiles eines im Miteigentum stehenden Grundstücks Wertverminderungen, die sich der Vorkaufspflichtige am Kaufpreis, auch am limitierten, anrechnen lassen muss; umgekehrt profitiert er aber auch, ebenfalls trotz Limitierung des Kaufpreises, von entsprechenden Werterhöhungen; vgl. dazu WIEDERKEHR, S. 196 und 181.

Bei den Werterhöhungen hat der Vorkaufsberechtigte eine Preiserhöhung für nützliche und luxuriöse Aufwendungen auf sich zu nehmen, sofern diese Aufwendungen den Wert der Sache zur Zeit der Ausübung des VKRs nicht nur objektiv, sondern auch für ihn persönlich gesteigert haben. Dieser Anspruch auf eine dem Mehrwert angemessene Preiserhöhung findet seine Stütze in der Analogie zu Art. 65 OR; denn, wollte man davon absehen, würde sich der Vorkaufsberechtigte auf Kosten des Verpflichteten ungerechtfertigt bereichern. Hingegen hat der Verpflichtete das Recht, die nicht entschädigten luxuriösen und nützlichen Einrichtungen wegzunehmen, sofern die Sache selbst dadurch nicht beschädigt wird (15).

Indessen bieten weder ZGB noch OR eine Handhabe, die Vorausbestimmung des Kaufpreises beim g VKR nicht zuzulassen. Art. 680 Abs. 3 ZGB, der die privatrechtliche Aufhebung und Abänderung öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen ausschliesst, könnte höchstens für die VKRe des öffentlichen Rechts, nicht aber für das Verbot der Limitierung der g VKRe des ZGB angerufen werden (16). Somit ist es de lege lata vor allem der Urkundsperson und eventuell dem Grundbuchverwalter anheimgestellt, die beim g VKR einen Preis festsetzen wollenden Parteien auf die unerwünschten Auswirkungen solcher Abreden und Grundbucheinträge hinzuweisen und damit die Limitierung g VKRe so oft als möglich zu verhindern (17).

1.2 Zu den erweiternden Modifikationen im besonderen

Gegen die nur inter partes wirkenden Vereinbarungen, nicht nur Vorkaufsfälle im Sinne des Gesetzes, entgeltliche Eigentumsübertragungen, sondern noch zusätzliche Rechtsgeschäfte (Schenkung, Begründung einer Nutzniessung etc.) als Vorkaufsfälle anerkennen wollen, sind u.E. keine generellen Einwendungen zu machen (18). Die von MEIER-HAYOZ hervorgehobene Schranke beim rechtsgeschäftlichen VKR an Grundstücken - die Begründung durch blosse Schriftlichkeit habe Ausnahmecharakter und dürfe nicht auf andere Einlösungsrechte ausgedehnt werden (19) - fällt weg, da gemäss Art. 682 Abs. 3 ZGB jede Abänderung eines g VKRs ohnehin der öffentlichen Beurkundung bedarf. Alleinige Schranken bilden somit die Eigenschaften, die jedem Vorkaufsfall, dem typischen wie dem atypischen, anhaften müssen:

---

15) MEIER-HAYOZ, N. 282f. zu Art. 681 ZGB; WIEDERKEHR, a.a.O.

16) Die von WIEDERKEHR anvisierte extensive Auslegung von Art. 680 Abs. 3 ZGB ist u.E. nicht haltbar, da sich die Bestimmung ausdrücklich auf Eigentumsbeschränkungen öffentlichrechtlichen Charakters bezieht; vgl. WIEDERKEHR, S. 197. - Zur Abänderung der öffentlichen VKRe unten, S. 195f.

17) In diesem Sinne auch WIEDERKEHR, S. 198. - Beim bäuerlichen VKR ist die Bestimmung des Uebernahmepreises durch Art. 12 EGG festgelegt. Da zudem die Person des zur Uebernahme Berechtigten nicht von vornherein klar feststeht, fällt die Frage der Limitierung praktisch ausser Betracht.

18) Ebenso WIEDERKEHR, S. 105. Die Ausdehnung des Vorkaufsfalles auf unentgeltliche Rechtsgeschäfte oder solche, die nicht auf Uebertragung des Eigentums gerichtet sind, setzt allerdings eine Limitierung des Preises voraus, da der Preis nicht anhand des Vertrages zwischen Verpflichtetem und Drittem bestimmt werden kann.

19) MEIER-HAYOZ, N. 138 zu Art. 681 ZGB; oben, § 18, S. 159.

Nur der freiwillige Abschluss eines Rechtsgeschäfts, dessen Gegenstand das sich im Eigentum des Verpflichteten befindliche Vorkaufsobjekt ist, kann einen Vorkaufsfall darstellen.

Dazu ist folgendes zu bemerken: Der Belastete muss ein Rechtsgeschäft abschliessen. Durch die Vereinbarung, er habe bereits seine Verkaufsabsicht kundzutun und das Objekt dem Berechtigten vorzugsweise zum Kauf anzubieten, bevor es ein Dritter erwerben kann, wird nicht bloss der Vorkaufsfall abgeändert, sondern das VKR in ein Recht der Vorhand umgewandelt (20). Der Berechtigte kann kein Gestaltungsrecht ausüben, bevor ihm der Verpflichtete eine Offerte unterbreitet hat. Obwohl es nach wie vor im Belieben des Verpflichteten steht, ob er veräussern will, müssen doch beide Parteien nochmals rechtsgeschäftlich tätig werden. Diese abweichende rechtliche Konstruktion rechtfertigt u.E. eine Unterscheidung von VKR und Vorhand (21).

Die Freiwilligkeit beim Abschluss des Rechtsgeschäfts berührt die Abgrenzung von VKR und Kaufsrecht. Wird als Vorkaufsfall ein Ereignis bezeichnet, auf dessen Eintreten der Vorkaufsverpflichtete keinen Einfluss hat, so verliert das VKR eines seiner wesentlichsten Merkmale (22) und nähert sich dem Kaufsrecht an. So kann der Erblasser zwar ein Vorzugsrecht begründen, das im Falle seines Ablebens ausgeübt werden kann, doch handelt es sich dabei nicht um ein VKR, sondern um ein bedingtes Kaufsrecht (23).

Das Vorkaufsobjekt muss beim Abschluss des Rechtsgeschäfts bzw. bei Erweiterung des g VKRs bereits im Eigentum des Verpflichteten sein. Nicht als Vorkaufsfall, auch nicht als atypischen, kann deshalb der Erwerb einer Sache - genauer: des Vorkaufsobjekts - vereinbart werden (24). Die Abrede, eine Sache zu erwerben, um sie unverzüglich an einen Berechtigten weiterzuleiten, ist als Auftrag bzw. als Einkaufskommission (Art. 425 OR), nicht aber als Vorkaufsfall sinnvoll. Beispiele dafür liefert das Aktienrecht. So bindet ein statutarisches VKR nur den Inhaber von Aktien, nicht aber den Käufer; er wird erst bei einem Verkauf durch das VKR verpflichtet (25). Gleichermassen ist die Vorhand von Art. 686 Abs. 4 OR u.a. deshalb nicht als VKR zu betrachten, weil der Verpflichtete als Folge des Erwerbs - und im allgemeinen auch gegen seinen Willen - veräussern muss (26).

---

20) Anders BGE 78 II 357.
21) GUHL/MERZ/KUMMER, S. 301, betrachten das Recht der Vorhand als "VKR mit abgeändertem Vorkaufsfall".
22) Vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, S. 300.
23) MEIER-HAYOZ, N. 170 zu Art. 682 und 36 zu Art. 683 ZGB.
24) A.M. HENRICH für die Vorhand, S. 307; vgl. auch SALZGEBER-DUERIG, S. 141. Offen ist noch die Frage, ob der Erwerb einer andern Sache, nicht des Vorkaufsobjekts, als Vorkaufsfall bestimmt werden könnte. U.E. ist sie zu verneinen, da sonst das Institut des Vorkaufsrechts in seinem Wesen verändert würde.
25) Oben, § 13, S. 107.
26) Oben, § 13, S. 105.

Bei den ein g VKR erweiternden Modifikationen, die im Grundbuch vorgemerkt werden sollen, taucht allerdings eine weitere Schranke auf: Hier ist zu beachten, was sich bereits aus dem Gesetz ergibt (Art. 959 ZGB) und was MEIER-HAYOZ auch beim vorzumerkenden rechtsgeschäftlichen VKR unterstreicht, nämlich der numerus clausus der vormerkbaren persönlichen Rechte (27). So können Vereinbarungen, welche die Ausübung des VKRs auf atypische Vorkaufsfälle erstrecken oder sie von zusätzlichen Bedingungen abhängig machen, nicht mittelst Vormerkung Dritten gegenüber wirksam gemacht werden (28).

2. Die Abänderung der g VKRe des ZGB

2.1 Form und grundbuchliche Behandlung

Gemäss Art. 682 Abs. 3 ZGB bedürfen Aufhebung und Abänderung der g VKRe des ZGB zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung und können im Grundbuch vorgemerkt werden.

Die Aufnahme dieser Bestimmung ins ZGB setzte einer langjährigen Kontroverse ein Ende. Zwar konnte schon unter dem früheren Rechtszustand, also vor 1965, das VKR der Miteigentümer als privatrechtliche Verfügungsbeschränkung abgeändert oder aufgehoben werden. Eine solche Vereinbarung wirkte jedoch nur unter den Parteien und war formlos gültig (29). Heftig umstritten war indessen die Frage, ob einem solchen Ausschluss auch gegen den Einzelrechtsnachfolger Wirkung verliehen werden könne und, wenn ja, in welcher Form (30). Hauptsächlich LEEMANN und HAAB vertraten die Auffassung, dass es "zur dinglichen Wirksamkeit der Aufhebung oder Abänderung des g VKRs der öffentlichen Beurkundung des Vertrages und der Eintragung einer Grunddienstbarkeit in das Grundbuch (Art. 680 Abs. 2 ZGB) bedürfe" (31). Ein Umschwenken der herrschenden Meinung brachte LIVER's Theorie der Realobligation und seine strenge Klassifizierung der Eigentumsbeschränkungen. Er schied die in Art. 680 ZGB gemeinten nachbarrechtlichen Benutzungsbeschränkungen von der durch ein g VKR auferlegten Verfügungsbeschränkung (32). Die Aufhebung einer Benutzungsbeschränkung stellt eine Belastung des Nachbargrundstückes dar, welche als Grunddienstbarkeit zu begründen und als solche im Grundbuch einzutragen ist. Das Wegbedingen des g VKRs hingegen bedeutet eine Erweiterung des gesetzlichen Inhalts des

---

27) MEIER-HAYOZ, N. 138 zu Art. 681 ZGB; oben, § 2, S. 45.
28) FRIEDRICH, ZBGR 45 (1964) 343.
29) MEIER-HAYOZ, N. 6, 34 und 84 zu Art. 682 ZGB; ALLGAEUER, S. 36; BGE 89 II 79ff. E. 2 = Pr 52 Nr. 96; noch unentschieden BGE 51 II 144.
30) MEIER-HAYOZ, N. 108 zu Art. 680 und 6 zu Art. 682 ZGB; FRIEDRICH, ZSR 75 (1956) 67 aff.
31) LEEMANN, N. 23 zu Art. 682 ZGB; HAAB, N. 52 zu Art. 681/82 ZGB; siehe auch SJZ 15 (1918/19) 317, Nr. 75 und ZBGR 5 (1924) 112 E. 2.
32) Oben, § 2, S. 31ff.

Eigentums hinsichtlich der Verfügung, nicht hinsichtlich des Gebrauchs, und kann deshalb überhaupt nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit oder eines beschränkten dinglichen Rechtes sein. Somit ist die Eintragungsfähigkeit nicht gegeben (33).

Gestützt auf diese These statuierte LIVER bereits im Vorentwurf zur Revision des Miteigentumsrechts anstelle der Eintragung die Vormerkbarkeit von Vereinbarungen über die Aufhebung und Abänderung der g VKRe des ZGB und wurde anerkannt (34).

Für die Praxis ist von Bedeutung, dass der Vormerkungsschutz anders als bei den rechtsgeschäftlichen VKRen nach Art. 681 Abs. 3 ZGB nicht auf zehn Jahre beschränkt ist, sondern für die ganze Dauer des Abänderungs- oder Aufhebungsvertrages Wirkung entfaltet (35).

2.2 Die Legitimation zur Anmeldung und Löschung der Vormerkung

Art. 71a Abs. 3 GBV bestimmt, dass die Vormerkung von jedem aus der Vereinbarung Berechtigten oder Verpflichteten beantragt werden kann. Es müssen also nicht alle Beteiligten, es muss auch nicht eine Mehrheit von ihnen handeln. Bemerkenswert an dieser Bestimmung ist die Legitimation des aus dem Vertrage Begünstigten zur Anmeldung der Vormerkung; damit wird der Grundsatz durchbrochen, wonach die Verfügung immer vom bisher dinglich Berechtigten auszugehen hat, dessen Rechtslage sich dadurch verschlechtert. Der Begünstigte ist also nicht wie beim Grundstückskauf dazu verurteilt, untätig zu warten, bis der Veräusserer sich zum Gang aufs Grundbuchamt bequemt, um ihm durch einseitiges Rechtsgeschäft das Eigentum zu übertragen, sondern er kann selbst handeln. Da die Vormerkung von den Parteien hat vereinbart werden müssen, ist die Lösung gerechtfertigt (36).

Für die Löschung besteht weder bezüglich Form noch Legitimation eine ausdrückliche Vorschrift. In Anlehnung an die für die Aufhebung von Vereinbarungen nach Art. 680 Abs. 2 ZGB (Aufhebung oder Abänderung gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen) nötige Schriftform nimmt FRIEDRICH an, diese Form genüge auch für die Beseitigung von Abreden nach Art. 682 Abs. 3 ZGB, also für die Vereinbarung der Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes (37). Dieser Schluss leuchtet ein und passt ganz allgemein ins System der Bestimmungen über die Aufhebung vertraglicher Abreden. Nur in seltensten Fällen und bei Vorliegen besonderer Umstände

---

33) LIVER, ZBGR 35 (1954) 72 und 43 (1962) 257ff.; N. 23 zu Art. 730 und N. 103 zu Art. 732 ZGB; zitiert im Bern. Notar 17 (1956) 123ff.; BBl 1962 II 1512; zustimmend FRIEDRICH, ZSR 75 (1956) 67a; MEIER-HAYOZ, N. 108 zu Art. 680 ZGB; DESCHENAUX, ZBGR 38 (1957) 333.

34) BBl 1962 II 1512.

35) FRIEDRICH, BJM 1966/14; MEIER-HAYOZ, N. 86 zu Art. 682 ZGB.

36) FRIEDRICH, ZBGR 45 (1964) 345; derselbe in BJM 1966/14.

37) FRIEDRICH, a.a.O.

bedarf die Aufhebung eines Vertrages der gleichen Form wie die Begründung (38). Einer formlosen Aufhebung in Analogie zu Art. 115 OR dagegen liesse sich aus rein praktischen Erwägungen - dem Grundbuchführer muss ein Rechtstitel vorgelegt werden können - nicht das Wort reden.

Auch zur Löschung ist jeder der Beteiligten legitimiert, sofern die Willensübereinstimmung von Berechtigtem und Verpflichtetem nachgewiesen wird. Vielfach werden beide Erklärungen, Vereinbarung und Anmeldung, in einer von allen Beteiligten unterzeichneten Anmeldung zusammengefasst, da als Rechtsgrundausweis kein öffentlich beurkundeter Akt nötig ist (39).

3. Die Abänderung des bäuerlichen VKRs

Das EGG regelt Aufhebung und Abänderung des bäuerlichen VKRs nicht, doch ist unbestritten, dass eine Abänderung, insbesondere auch die nur unter den Parteien geltende Aufhebung (40), möglich ist, jedoch in Analogie zu Art. 682 Abs. 3 ZGB der strengen Form der öffentlichen Beurkundung untersteht (41).

Indessen ist die Vormerkung einer Abänderung und damit die Bindung des Einzelrechtsnachfolgers an die Abmachung nach der Praxis unzulässig. Im Jahr 1954 hat der bernische Regierungsrat die Vormerkung eines Vorausverzichts auf das bäuerliche VKR abgelehnt, im wesentlichen mit der Begründung, gemäss Art. 9 EGG sei das VKR persönlicher Natur und die Vormerkung des Verzichts im Gesetz nicht vorgesehen. Im übrigen sei die Interessenlage eine andere als beim Miteigentümervorkaufsrecht, da nicht die sachenrechtliche, sondern die verwandtschaftliche Beziehung zum Eigentümer die Vorkaufsberechtigung bestimmten. Die Vormerkung eines Verzichts entspreche somit keinem praktischen Bedürfnis (42). Das luzernische Obergericht folgte 1955 diesem Regierungsratsbeschluss und verweigerte eine entsprechende Vormerkung ebenfalls (43).

4. Abänderung öffentlicher VKRe?

Von einer Abänderung öffentlicher VKRe im Sinne der Erweiterung oder Einschränkung kann nicht die Rede sein, und zwar nicht nur, wie GLAUSER meint, weil das

---

38) Die Aufhebung des Güterstandes bedarf der qualifizierten Form der öffentlichen Beurkundung, da gleichzeitig ein neuer Güterstand begründet wird (Art. 181 Abs. 1 ZGB); ferner unterlag der Adoptionsvertrag vor der Revision des Adoptivrechts im Jahre 1972 dieser strengen Vorschrift (Art. 269 Abs. 1 ZGB).

39) FRIEDRICH, ZBGR 45 (1964) 346.

40) Zu den Arten der Aufhebung unten, § 20, S. 200.

41) JENNY, S. 122; JOST, Handkommentar, N. 3 zu Art. 6 EGG.

42) ZBGR 36 (1955) 72ff.

43) ZBGR 39 (1958) 266 und ZBJV 91 (1955) 403; ebenso DESCHENAUX, ZBGR 38 (1957) 333.

öffentliche VKR nicht auf Vertrag beruht (44), sondern weil nicht zwei Privatpersonen am Vorkaufsverhältnis beteiligt sind. Berechtigt ist stets, wie wir gesehen haben, das Gemeinwesen. Eine Abänderung wäre somit nur durch öffentlichrechtlichen Vertrag möglich, der jedoch, falls nicht im Gesetz explizit vorgesehen, unzulässig sein dürfte (45). Das gilt auch für andere g VKRe des öffentlichen Rechts, die dem Bürger gegenüber dem Gemeinwesen eine Vorkaufsberechtigung einräumen (46), während für den theoretischen Fall, dass zwei Private durch öffentliches Recht als Subjekte eines g VKRs bestimmt würden, Art. 680 Abs. 3 ZGB jegliche Aenderung oder Aufhebung ausschlösse.

Eine Abänderung öffentlicher VKRe ist nur hinsichtlich des räumlichen Geltungsbereiches möglich. Ein Zonenplan wird als Bestandteil einer Bauordnung angeben, welche Grundstücke der Gemeinde vom öffentlichen VKR erfasst werden; Zonenpläne können natürlich bezüglich Umfang und Ausdehnung geändert werden, so dass ein öffentliches VKR ein Grundstück nicht mehr belastet, dafür ein anderes einbezogen wird. Da die Abänderung einer Zone wie die Neueinführung den rechtlichen Verfahrensansprüchen zu genügen hat, kann sich eine diesbezügliche "Abänderung" eines öffentlichen VKRs durchaus ergeben (47).

---

44) GLAUSER, S. 99; die g VKRe des ZGB sind ja auch der Abänderung zugänglich.
45) Vgl. dazu GIACOMETTI, S. 442.
46) Als Beispiel diene wieder das g VKR des Anstössers an neu gebildetem Land nach § 98 des luzern. EG z ZGB.
47) GLAUSER, a.a.O.

§ 20 DER UNTERGANG G VKRe

1. Vergleich mit dem rechtsgeschäftlichen VKR

Das rechtsgeschäftliche VKR geht durch Ausübung, durch Konfusion oder durch Erlass unter (1). Es kann ferner durch den Tod des Berechtigten oder Verpflichteten, durch Verschweigung, d.h. Nichtausübung bei Eintritt des Vorkaufsfalles, durch Handänderungen, die keinen Vorkaufsfall darstellen oder durch Zeitablauf untergehen, wobei stets zwischen vorgemerktem und nicht vorgemerktem VKR zu unterscheiden ist (2).

Beim g VKR sind vergleichsweise die Untergangstatbestände weniger zahlreich. Bei Nichtausübung, d.h. bei Verstreichenlassen der relativen Ausübungsfrist, erlischt nur das der Realobligation im Einzelfall entspringende Gestaltungsrecht; das g VKR als solches bleibt bestehen (3). Auch die keinen Vorkaufsfall darstellende Handänderung bewirkt nicht den Untergang eines g VKRs (4). Ihrer Rechtsnatur und ihrer Zweckbestimmung entsprechend bestehen die g VKRe, auch das bäuerliche (5), solange das Grundverhältnis andauert. Der Zeitablauf kann somit keinen Untergangsgrund bilden (6).

Auch durch die Ausübung geht ein privatrechtliches g VKR grundsätzlich nicht unter, es sei denn, das Grundverhältnis falle gleichzeitig dahin (7). Es liegt im Wesen der Realobligation, dass der jeweilige Eigentümer der Sache verpflichtet bzw. berechtigt ist. Gleiches gilt für die seltenen Fälle der Konfusion (8). Obwohl das rechtsgeschäftliche VKR, unabhängig von der Vormerkung, erlischt, sobald die

---

1) MEIER-HAYOZ, N. 295, 323ff. zu Art. 681 ZGB; HAAB, N. 18 und 23 zu Art. 681/82 ZGB.
2) MEIER-HAYOZ, N. 294 und 296ff. zu Art. 681 ZGB; HAAB, N. 17ff. zu Art. 681/82 ZGB.
3) Vgl. SIMONIUS, ZSR 39 (1920) 316; oben, § 2, S. 39 Anm. 50.
4) Oben, § 2, S. 47.
5) Beim bäuerlichen VKR des EGG ist zu beachten, dass bei jeder Handänderung der Kreis der Berechtigten wechselt. Bei Nichtausübung und bei der keinen Vorkaufsfall darstellenden Handänderung verliert also der ehemals Vorkaufsberechtigte seinen Anspruch; für ihn erlischt das Gestaltungsrecht, während das g VKR zugunsten anderer Berechtigter weiterhin bestehen bleibt. Vgl. unten, S. 201 und oben, § 18, S. 170 Anm. 155.
6) Die Befristung auf zehn Jahre beim vorgemerkten VKR findet keine Anwendung auf die g VKRe (MEIER-HAYOZ, N. 87 zu Art. 682 ZGB; oben, § 2, S. 42.) Das französische Recht kennt allerdings beim öffentlichen VKR den Untergang durch Zeitablauf entsprechend der befristeten Gültigkeit bestimmter öffentlicher VKRe (GLAUSER, S. 100).
7) MEIER-HAYOZ, a.a.O.; a.M. für das bäuerliche VKR JENNY, S. 124, unter Berufung auf SCHMID, S. 120f.
8) A.M. für das bäuerliche VKR JENNY, S. 123.

Eigenschaften von Vorkaufsberechtigtem und -verpflichtetem in einer Person zusammentreffen (9), ist das g VKR zu den vereinzelten persönlichen Rechten zu zählen, die trotz Konfusion wenigstens formell an der eigenen Sache weiterbestehen können, so z.B. an dem einem Miteigentümer zufallenden Miteigentumsanteil, der seiner Belastung wegen selbständig bleibt oder an dem dem Grundeigentümer zufallenden selbständigen und dauernden Baurecht, das als Eigentümerdienstbarkeit bestehen bleibt (10); aktuell wird das g VKR allerdings erst wieder mit der "Zweiung der Subjekte" (11), wenn also der Miteigentumsanteil bzw. das Baurecht wieder in fremde Hände gelangen.

Bei Ausübung des g VKRs und bei Konfusion findet ein Wechsel der Subjekte statt, der die Realobligation in ihrem Bestande nicht berührt. Zu unterscheiden davon ist indessen der Untergang der Möglichkeit, das g VKR im Einzelfall nach Ablauf einer bestimmten Zeitspanne noch auszuüben. So können die g VKRe des ZGB wie die rechtsgeschäftlichen VKRe nur binnen der gesetzlich festgelegten relativen Ausübungsfrist geltend gemacht werden (ein Monat seit Kenntnis des Vorkaufsfalls für die privatrechtlichen VKRe nach Art. 681 Abs. 2 ZGB), und im weitern steht es dem Gesetzgeber frei, aus Gründen der Rechtssicherheit auch eine absolute Ausübungsfrist festzusetzen (drei Monate seit Anmeldung des Kaufvertrags beim Grundbuch nach EGG, drei Jahre seit Abschluss des Rechtsgeschäfts nach dem appenzellischen EG z ZGB).

Das bezüglich Ausübung und Konfusion Gesagte gilt nicht für die öffentlichen VKRe, da auf Seite des Berechtigten kein Subjektswechsel erfolgen kann. Uebt das Gemeinwesen sein VKR aus oder fällt ihm das Vorkaufsobjekt durch Schenkung oder aus einem Nachlass zu, ist der Zweck des öffentlichen VKRs erfüllt. Das VKR erlischt. Es würde erst wieder aufleben, falls das Gemeinwesen das Grundstück wieder an einen Privaten veräusserte, was jedoch kaum Sinn und Zweck der Gesetzgebung entspräche (12).

2. Einzelne Untergangstatbestände

2.1 Untergang des Vorkaufsobjekts

Der Untergang des Vorkaufsobjekts wird in der Literatur als selbstverständlicher Erlöschungsgrund eines rechtsgeschäftlichen wie eines g VKRs allen andern voran-

---

9) MEIER-HAYOZ, N. 323 zu Art. 681 ZGB; HAAB, N. 23 zu Art. 681/82 ZGB.

10) Vgl. MEIER-HAYOZ, a.a.O.; er nennt als Beispiel eines trotz Konfusion an der eigenen Sache formell weiterbestehenden vorgemerkten persönlichen Rechts die gegenseitige Vorkaufsberechtigung bzw. -belastung zweier im Grundbuch verselbständigter Stockwerke, die von der gleichen Person erworben werden.

11) LIVER, N. 4 zu Art. 733 ZGB.

12) Vgl. GLAUSER, S. 100f.

gestellt (13). In der Tat ist jede Eigentumsbeschränkung an die tatsächliche Existenz eines Eigentumsobjekts gebunden. Immerhin darf präzisiert werden, dass, wenn vom Untergang eines vorkaufsbelasteten Grundstücks gesprochen wird, unter Grundstück nur die Liegenschaft nach Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB zu verstehen ist, und zwar als Liegenschaft nicht im physikalischen, sondern im rechtlichen Sinn; denn im Unterschied zu Fahrnis gibt es den vollständigen physikalischen Untergang einer Liegenschaft nicht (14). Denkbar ist nur der Untergang einer Liegenschaft als wirtschaftliches Gut, nämlich die Verunmöglichung jeder Nutzung durch Ueberschwemmung - im Extremfall kann eine Insel im Meer versinken -, durch Ueberschüttung mit Geröll (Steinschlag, Lawine) oder durch Verwüstung mittels Sprengstoff (15).

2.2 Wegfall des Grundverhältnisses

Auch der Wegfall der rechtlichen Existenzvoraussetzungen bewirkt natürlich den Untergang eines Rechtsinstituts. So liegen in der Natur der Sache der Untergang des Miteigentümervorkaufsrechts durch Beendigung des Miteigentümerverhältnisses, sei es durch Ueberführen des Miteigentums in Allein- oder in Gesamteigentum, sowie der Untergang des VKRs von Grundeigentümer und Bauberechtigtem durch das Erlöschen des Baurechtsverhältnisses (16).

Das bäuerliche VKR geht unter, wenn das landwirtschaftliche Gewerbe seinen landwirtschaftlichen Charakter verliert, beispielsweise durch Einbezug des Bodens in die Bauzone.

Das öffentliche VKR geht unter, wenn der Gesetzgeber die Vorkaufsbelastung aufhebt (17).

2.3 Vertragliche Aufhebung g VKRe des Privatrechts

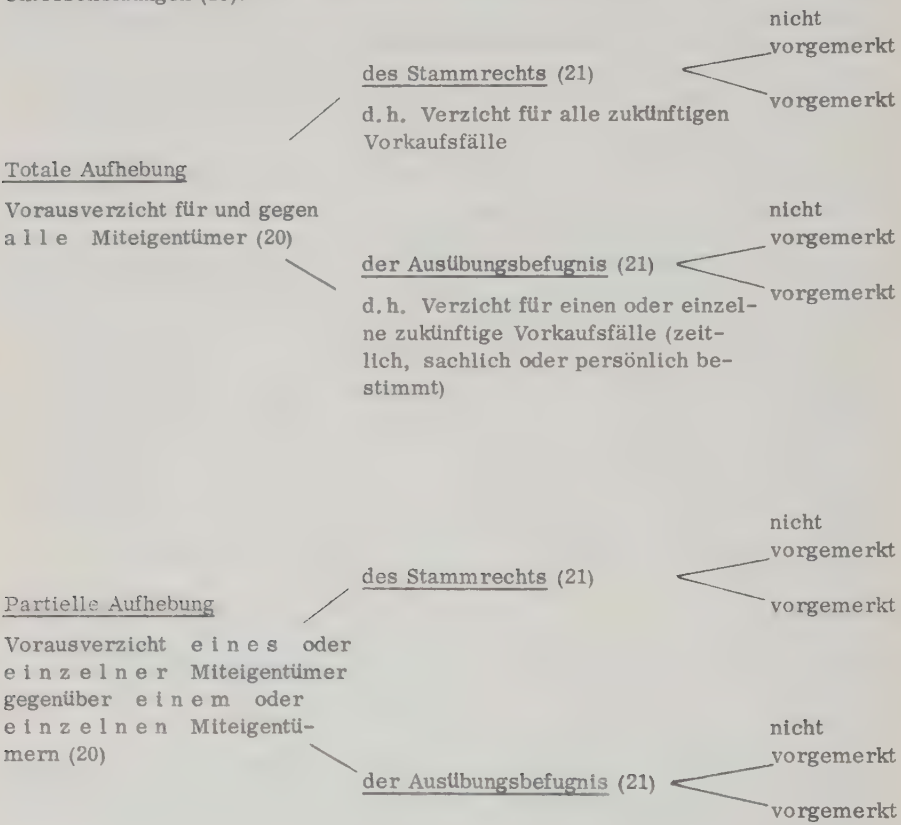
Art. 682 Abs. 3 ZGB bestimmt, dass die beiden g VKRe des ZGB, das Miteigentümervorkaufsrecht und das VKR im Baurechtsverhältnis, sowohl aufgehoben als auch abgeändert werden können. Bezüglich Form und grundbuchlicher Behandlung verweisen wir auf die Ausführungen zur Abänderung g VKRe, da die Abänderung die Aufhebung als Spezialfall in sich schliesst.

Je nach Anzahl der durch die Vorkaufsbeziehung erfassten Personen und der in die Abrede einbezogenen Vorkaufsfälle ergeben sich sehr verschiedene Arten von Vereinbarungen. Vorauszunehmen ist der nachträgliche Verzicht auf die Ausübung des VKRs im Einzelfall. Er erfolgt erst n a c h Eintritt des Vorkaufsfalles, ist man-

---

13) MEIER-HAYOZ, N. 294 zu Art. 681 und 80 zu Art. 682 ZGB.
14) Ein VKR an Fahrnis geht natürlich mit dem physikalischen Untergang der Sache, mit ihrer Zerstörung und Vernichtung, unter.
15) Vgl. HAAB, N. 4 zu Art. 666 ZGB; LEEMANN, N. 18 zu Art. 666 ZGB; LIVER, N. 113 zu Art. 734 ZGB.
16) MEIER-HAYOZ, N. 80 zu Art. 682 ZGB; HAAB, N. 52 zu Art. 681/82 ZGB; vgl. auch WIEDERKEHR, S. 107.
17) Dazu GLAUSER, S. 102.

gels besonderer Formvorschriften formlos gültig (18) und bewirkt nicht die Aufhebung des g VKRs. Aufhebung meint V o r a u s v e r z i c h t , wobei der Vorausverzicht auf das Recht als solches, das sog. Stammrecht, und der Vorausverzicht auf die Ausübungsmöglichkeit in einem oder mehreren Fällen auseinanderzuhalten sind. Erläutert am Beispiel des Miteigentümervorkaufsrechts treffen wir folgende Unterscheidungen (19):



18) Für das bäuerliche VKR JOST, Handkommentar, N. 6 zu Art. 7 EGG; anders das BGer in BGE 84 II 200.

19) Die Terminologie ist in Anlehnung an MEIER-HAYOZ, N. 82ff. zu Art. 682 ZGB, und das Bundesgericht gewählt.

20) MEIER-HAYOZ, N. 82 zu Art. 682 ZGB; WIEDERKEHR, S. 106f.

21) MEIER-HAYOZ, N. 83 zu Art. 682 ZGB; BGE 51 II 144 = Pr 14 Nr. 96; 89 II 83ff. E. 2 = Pr 52 Nr. 96.

Vom Sprachlichen her ist zu beachten, dass nur die vorgemerkte totale Aufhebung des Stammrechts den eigentlichen Untergang des g VKRs darstellt; nur sie setzt der gesetzlich begründeten Existenz des VKRs für alle Zeiten ein Ende. Sämtliche übrigen Fälle bewirken bloss einen Verzicht auf die zukünftige Ausübung des der Realobligation entspringenden Gestaltungsrechts mit mehr oder weniger weit reichenden Auswirkungen. Einerseits wird entweder von allen Miteigentümern nur für einen oder einzelne Vorkaufsfälle auf die Ausübung verzichtet (totale Aufhebung der Ausübungsbefugnis) oder es wird zwar für alle Vorkaufsfälle, aber nur von einzelnen einigen anderen Miteigentümern gegenüber auf die Ausübung verzichtet (partielle Aufhebung des Stammrechts). Andererseits kann entweder nur für sich selbst oder auch für jeden Einzelrechtsnachfolger verzichtet werden (Vormerkung der Aufhebung). Stets aber wird das g VKR, je nach Art und Inhalt der "Aufhebung", entweder für einzelne Miteigentümer weiterbestehen oder aber wieder einmal aufleben.

Nur von geringer praktischer Bedeutung dürfte die in unserem Schema auch enthaltene vorgemerkte Aufhebung der Ausübungsbefugnis, also der Verzicht auf Ausübung des VKRs in einem oder einzelnen Fällen, sein. Immerhin ist denkbar, dass ein Miteigentümer aus besonderen Gründen z. B. für fünf Jahre auf die Ausübung seines VKRs zu verzichten gewillt ist und einen eventuellen Singularsukzessor für diese Zeit ebenfalls binden will (zeitliche Bestimmung des Vorkaufsfalles), dass er für sich und seine Einzelrechtsnachfolger auf die Ausübung des VKRs bei Errichtung eines Kaufsrechts (sachliche Bestimmung des Vorkaufsfalls) oder einem bestimmten Dritterwerber gegenüber (persönliche Bestimmung des Vorkaufsfalls) verzichtet.

Die am Beispiel des Miteigentümervorkaufsrechts besprochenen Arten der Aufhebung sind analog auch im Baurechtsverhältnis denkbar, doch ist die Situation insofern einfacher, als sich im Normalfall nur ein Berechtigter und ein Verpflichteter gegenüberstehen. Auch bei einem mit mehreren Baurechten ersten Grades belasteten Grundstück ist Vorkaufsobjekt ja stets nur der Teil des Bodens, der durch das einzelne Baurecht in Anspruch genommen wird, so dass im Vorkaufsfall je nur ein Ansprecher sein Recht geltend machen kann.

Anders liegen die Verhältnisse beim VKR des EGG. Da die Vorkaufsberechtigung meist nicht durch die sachenrechtliche Beziehung zum Vorkaufsobjekt, sondern durch die verwandtschaftliche Beziehung zum Vorkaufsverpflichteten gegeben ist, bewirkt jede Verzichtserklärung, sogar die nachträgliche im einzelnen Vorkaufsfall, das Erlöschen des Gestaltungsrechts für den betreffenden Berechtigten. Geht das landwirtschaftliche Gewerbe in fremde Hände über, sei es durch Verkauf oder durch ein keinen Vorkaufsfall darstellendes Rechtsgeschäft, wechselt der Kreis der Vorkaufsberechtigten, und es sind die Verwandten des neuen Eigentümers, denen das g VKR nun zusteht.

Dass bei den öffentlichen VKRen die Möglichkeit der vertraglichen Aufhebung nicht besteht, haben wir bereits dargelegt (22).

---

22) Oben, § 19, S. 195f.

§ 21 KONKURRENZFRAGEN

1. Intertemporales Recht

Das VKR von Art. 682 Abs. 1 ZGB findet auch auf die Miteigentumsverhältnisse an Grundstücken Anwendung, die vor dem Inkrafttreten des ZGB entstanden sind (1).

Desgleichen hat das Bundesgericht entschieden, dass rückwirkend auch das g VKR im Baurechtsverhältnis auf selbständige und dauernde Baurechte anzuwenden ist, die vor dem 1. Juli 1965, also vor dem Inkrafttreten der Stockwerkeigentumsnovelle, begründet worden sind (2). Es beruft sich dabei auf FRIEDRICH, der zum gleichen Resultat gelangt ist; er bejaht ebenfalls die Anwendung der zwingenden neuen Bestimmungen auf altrechtliche, vor dem 1. Juli 1965 abgeschlossene Baurechtsverträge, soweit diese Bestimmungen den Inhalt des Baurechts umschreiben (3). Dagegen vertritt EGGEN, allerdings ohne direkte Bezugnahme auf das g VKR, die Ansicht, neues Recht sei grundsätzlich nur auf Baurechtsverträge anwendbar, die nach dem 1. Juli 1965 abgeschlossen worden sind (4). Anderer Meinung als das Bundesgericht ist auch HUBER, der Redaktor der ZBGR. In seiner Kritik zu BGE 92 I 236 gibt er zu bedenken, dass es für die Anwendung der intertemporalrechtlichen Bestimmungen des ZGB einen Unterschied ausmache, ob kantonales durch eidgenössisches Recht ersetzt oder ob nur ein schon bundesrechtlich geordnetes Rechtsinstitut wie das Baurecht durch dispositives Recht näher ausgestaltet werde. Im übrigen erachtet er die Stellungnahme des Bundesgerichts insbesondere für die öffentliche Hand als unbefriedigend (5). Für die selbständigen und dauernden Baurechte, die das Gemeinwesen vor dem Stichtag des 1. Juli 1965 Privaten eingeräumt hat, besteht nun plötzlich ein g VKR des Privaten gegenüber dem Gemeinwesen, das ohne Einverständnis des Baurechtsinhabers nicht mehr aufgehoben werden kann (6). Der Widerstand gegen die Aufnahme von Art. 682 Abs. 2 war aber in den Beratungen nicht zuletzt im Hinblick auch auf Art. 682 Abs. 3 ZGB aufgegeben worden, da nun der Grundeigentümer die Möglichkeit erhielt, das g VKR des Bau-

---

1) MEIER-HAYOZ, N. 88 zu Art. 682 ZGB; LEEMANN, N. 38 zu Art. 680 und 26 zu Art. 682 ZGB; HAAB, N. 58 zu Art. 681/82 ZGB; BGE 90 II 142.

2) BGE 92 I 236 E. 4 = Pr 56 Nr. 39; SchlT ZGB 2 und 3 und 17 Abs. 2; ebenso FREIMUELLER, S. 98.

3) FRIEDRICH, BJM 1966, S. 25/26. Er unterscheidet davon Bestimmungen, die nicht zum Inhalt des dinglichen Rechts gehören, so z. B. diejenigen über die Entschädigung bei Aufhebung oder Heimfall des Baurechts.

4) EGGEN, ZBGR 46 (1965) 297.

5) HUBER, ZBGR 48 (1967) 60.

6) Beim g VKR des Gemeinwesens gegenüber dem Bauberechtigten nach Art. 682 Abs. 2 ZGB handelt es sich nicht etwa um ein öffentliches VKR. Das Gemeinwesen hat in den Fällen von Art. 682 die Stellung eines Privaten; es tritt nicht hoheitlich auf.

berechtigten aufzuheben (7); für die altrechtlichen Baurechtsverhältnisse wird ihm durch den Entscheid des Bundesgerichts diese Möglichkeit nun genommen (8).

Anders liegen die Verhältnisse beim agrarrechtlichen VKR und anders lägen sie auch bei einem öffentlichen VKR. Da bei Erlass des Gesetzes noch gar kein Grundverhältnis besteht, bei dem man sich fragen müsste, ob das Gesetz nun darauf anwendbar sei oder nicht, da, mit andern Worten, das Grundverhältnis selbst erst durch den Erlass des Gesetzes geschaffen wird, ist die Situation mit der der g VKRe des ZGB nicht vergleichbar. So ist es müssig, das bäuerliche VKR zum Vergleich beizuziehen, wie das Bundesgericht dies tut (9); denn die Feststellung, dass das g VKR nach Art. 6 EGG für alle unter das EGG fallenden Grundstücke gilt (10), ist völlig ungeeignet, die Anwendung des g VKRs von Art. 682 Abs. 2 ZGB auf die altrechtlichen Baurechtsverhältnisse zu begründen (11).

Beim bäuerlichen wie beim öffentlichen VKR könnte sich intemporalrechtlich nur die Frage stellen, inwieweit ein das Grundstück betreffender Kaufvertrag, der vor Entstehung der gesetzlichen Vorkaufsbelastung geschlossen worden ist, schon dem neuen Recht untersteht. Sachgerecht für das bäuerliche VKR erscheint im Resultat die von JENNY vertretene Auffassung (12), wonach ein vor dem 1. Januar 1953 abgeschlossener und zur Eintragung angemeldeter Kaufvertrag unter das alte Recht fällt, auch wenn er erst nachher zur Erfüllung gelangt. Wurde der Kaufvertrag vor dem 1. Januar 1953 abgeschlossen, aber erst nachher angemeldet, bedürfte er einerseits der vom alten Recht vorgeschriebenen Genehmigung, sollte andererseits aber bereits einen Vorkaufsfall darstellen. Da der Gesetzgeber diese Kumulation nicht gewollt haben kann, postuliert JENNY den Ausschluss der Ausübung des VKRs, wenn der Kaufvertrag noch zu genehmigen ist. Uebertragen auf das öffentliche VKR hiesse das, dass ein Kaufvertrag, der vor dem Inkrafttreten eines öffentlichen VKRs abgeschlossen, aber erst nachher zur Eintragung angemeldet wird, bereits nach dem neuen Recht zu beurteilen wäre, für das Gemeinwesen also bereits einen Vorkaufsfall darstellte, falls nicht das alte Recht für den Kauf ein procedere vorgeschrieben hätte, das sich mit dem VKR nicht vereinbaren liesse. U.E. darf diese Konsequenz indessen nicht ohne weiteres gezogen werden, sondern es wäre vielmehr zu prüfen, ob das Gesetz diese Art der Rückwirkung vorschreibt und das g VKR um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen eingeführt worden ist. Erst dann wäre diese Rückwirkung zu bejahen (13).

---

7) Vgl. dazu BESSON, ZBGR 40 (1959) 341; HEER, ZBGR 40 (1959) 352; SCHNEEBERGER, ZBGR 41 (1960) 289; oben, § 12, S. 87.
8) HUBER, a.a.O.
9) BGE 92 I 239.
10) BGE 92 I 239 unter Hinweis auf 90 II 141 = Pr 53 Nr. 87.
11) Vgl. auch HUBER, ZBGR 48 (1967) 60.
12) JENNY, S. 164/65.
13) Vgl. MEIER-HAYOZ, N. 332 zu Art. 681 ZGB; unten, S. 205.

2. Verhältnis g VKRe zu beschränkten dinglichen Rechten

Der durch Gesetz Vorkaufsberechtigte muss das Vorkaufsobjekt in dem rechtlichen Zustand übernehmen, den es im Zeitpunkt der Ausübung des VKRs hat (14), also mit sämtlichen Belastungen, egal, ob sie vor oder nach der Entstehung des g VKRs entstanden sind. Während der durch ein vorgemerktes VKR Berechtigte bei Ausübung seines Gestaltungsrechts die Löschung aller ihm nachteiliger dinglicher oder vorgemerkter Rechte am Vorkaufsobjekt verlangen kann, die nach der Vormerkung seines Rechts errichtet worden sind (15), kann von einem derartigen Löschungsanspruch beim g VKR keine Rede sein, ansonsten ja die Belastbarkeit des Vorkaufsobjekts illusorisch würde (16). Dem Eigentümer eines einem g VKR unterworfenen Grundstücks steht es frei, seine Liegenschaft mit Dienstbarkeiten, Grundlasten oder Pfandrechten zu belasten. Die Interessen des g Vorkaufsberechtigten werden durch die entsprechende Kaufpreisverminderung hinreichend gewahrt (17).

3. Verhältnis g VKRe zu rechtsgeschäftlichen VKRen

Ein g VKR hindert den Belasteten nicht, einem Dritten durch Rechtsgeschäft ein VKR am Vorkaufsobjekt einzuräumen und es, bei Grundstücken, im Grundbuch vormerken zu lassen (18). Indessen geht das g VKR, das seit der Begründung des Grundverhältnisses besteht, dem später rechtsgeschäftlich bestellten VKR im Range vor. Die daraus im Schrifttum gezogene Folgerung, das rechtsgeschäftliche VKR könne nur geltend gemacht werden, wenn keiner der gesetzlich Berechtigten von seinem VKR Gebrauch mache (19), bedarf allerdings einer Präzisierung: Gemeint ist nicht etwa, dass der aus dem gewillkürten VKR Berechtigte mit der Geltendmachung seines Rechts warten müsste, bis der oder die gesetzlich Vorkaufsberechtigten ihre Ausübungserklärung abgegeben oder darauf verzichtet haben. Für den aus dem Rechtsgeschäft Vorkaufsberechtigten müsste sonst ja anschliessend eine neue Ausübungsfrist zu laufen beginnen. Für eine solche Auslegung findet sich aber weder im ZGB noch im OR ein Anhaltspunkt. Für sämtliche Vorkaufsberechtigten beginnt der Fristenlauf mit der Kenntnis vom Vorkaufsfall gemäss Art. 681 Abs. 3 ZGB. Der aus

---

14) MEIER-HAYOZ, N. 9 zu Art. 682 ZGB.
15) MEIER-HAYOZ, N. 285ff. zu Art. 681 ZGB; LEEMANN, N. 76 zu Art. 681 ZGB; HAAB, N. 46 zu Art. 681/82 ZGB; OSTERTAG, N. 6 zu Art. 959 ZGB; HOMBERGER, N. 23 zu Art. 959 ZGB; anders das BGer in BGE 92 II 147ff.; vgl. dazu die Besprechung von LIVER in ZBJV 104 (1968) 12ff., insbes. S. 20.
16) MEIER-HAYOZ, N. 10 zu Art. 682 ZGB; WIEDERKEHR, S. 180.
17) Vgl. auch oben, § 19, S. 190; WIEDERKEHR, a.a.O.
18) Für das Miteigentümervorkaufsrecht MEIER-HAYOZ, N. 28 zu Art. 682 ZGB; WIEDERKEHR, S. 113. Die nachträgliche Errichtung eines Kaufsrechts stellt allerdings einen Vorkaufsfall dar; vgl. oben, § 18, S. 151ff.
19) LEEMANN, N. 14 zu Art. 682 ZGB; HAAB, N. 55 zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ, a.a.O.

Rechtsgeschäft Vorkaufsberechtigte wird also sein VKR unabhängig vom gesetzlich Berechtigten geltend zu machen haben; seine Ausübungserklärung ist jedoch suspensiv bedingt, d.h. in ihrer Wirkung von der negativen Bedingung abhängig, dass kein gesetzlich Vorkaufsberechtigter mehr fristgemäss sein Recht ausübt (20).

Anders zu behandeln sind neu eingeführte g VKRe. Sie gehen früher begründeten rechtsgeschäftlichen VKRen unabhängig von deren Vormerkung im Grundbuch nur dann vor (21), wenn der Gesetzgeber die Rückwirkung ausdrücklich angeordnet hat oder wenn sie gemäss Art. 2 SchlT ZGB um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sind (22). Unter diesem Gesichtspunkt ist dem bäuerlichen VKR die rückwirkende Kraft abgesprochen worden (23). Wird jedoch die Vormerkung eines einem g VKR vorgehenden rechtsgeschäftlichen VKRs nach zehn Jahren erneut vorgenommen, könnte der daraus resultierende Anspruch einem g VKR gegenüber nicht mehr durchgesetzt werden, da die erneute Vormerkung auf einer neuen Vereinbarung gründet und das gewillkürte VKR damit im Rang hinter das g VKR zu stehen käme (24).

4. Verhältnis g VKRe zueinander

4.1 Vorbemerkungen

Mit dem Problem der Konkurrenz mehrerer gesetzlich vorkaufsberechtigter Personen hat sich die Rechtswissenschaft auseinanderzusetzen gehabt, seit g VKRe bzw. Näher- oder Zugrechte bekannt sind. Bei einer Mehrzahl vorkaufsberechtigter Personen hat es sich nie vermeiden lassen, dass auch mehrere gleichzeitig ihr Recht am gleichen Objekt geltend machten. Waren nun mehrere Personen aus verschiedenen Klassen zugberechtigt, z.B. Verwandte und Nachbarn, so schloss die dem Erblasser oder Veräusserer näher stehende Klasse die andere aus. Der Entscheid aber, wer von mehreren, aus verschiedenen Retrakten Näherberechtigten oder wer von mehreren Näherberechtigten innerhalb der gleichen Klasse, z.B. den Erben, zum Zuge kommen sollte, bereitete schon damals Kopfzerbrechen. Mittel-

---

20) So auch WIEDERKEHR, S. 113/14.

21) An Miteigentumsanteilen und an selbständigen und dauernden Baurechten können vor der Entstehung des g VKRs keine rechtsgeschäftlichen VKRe errichtet werden, da das g VKR ja mit der Begründung des Miteigentums bzw. des Baurechtsverhältnisses entsteht. - Vgl. zum Baurecht auch FREIMUELLER, S. 96/97.

22) MEIER-HAYOZ, N. 332 zu Art. 681 ZGB; JENNY, S. 165, gibt altrechtlichen VKRen nur bei Vormerkung einen Vorrang vor dem g VKR des EGG.

23) BGE 90 II 141 = Pr 53 Nr. 87, besprochen von LIVER in ZBJV 101 (1965) 404ff. - U.E. muss auch das an einem Grundstück bestehende rechtsgeschäftliche VKR nach dem Prinzip der Alterspriorität den Vorrang vor dem g VKR des Bauberechtigten haben, dessen Baurecht nach Vereinbarung des VKRs errichtet worden ist. So auch FREIMUELLER, S. 96.

24) Für das bäuerliche VKR JENNY, a.a.O.

alterliche Quellen lösten die sich ergebenden Schwierigkeiten meist in nur unvollkommener Weise und bestimmten als letztes Auskunftsmittel das Los (25).

Fundiertere Lösungen und damit Anregung zum Angehen der sich heute wieder stellenden Probleme boten allgemein die Partikularrechte. So legte das bernische CGB unter den zum Zuge berechtigten Verwandten eine ganz genaue Rangordnung fest (Satzung 824) und bestimmte im weitern, dass von zwei Personen, die gleichmässig zum Zuge berechtigt sind, diejenige die andere ausschliesst, welche dem Käufer den Zug zuerst ankündigt (Satzung 826). Aehnliche Regelungen trafen die Bündner Statuten. Bei Konkurrenz mehrerer gleichstarker Züger findet sich neben dem Losentscheid und der Priorität der Ausübungserklärung auch der "Gesammtzug", wonach alle, aber jeder nur für seinen Teil, zugberechtigt sind (26). Für den Fall, dass der Dritterwerber mit dem Verkäufer gleich nahe verwandt war wie der Züger, wurde der Zug entweder ausgeschlossen (27) oder dem Käufer der Entscheid überlassen, die Sache zu behalten oder doch noch dem Zuge zu unterwerfen (28). Als dritte Möglichkeit liesse sich auch vertreten, dem Verkäufer die Wahl unter Gleichberechtigten zu überlassen (29).

Die in den Quellen geleistete Vorarbeit im Auge behaltend wenden wir uns dem heutigen Recht zu. Seit das Miteigentümervorkaufsrecht seine Sonderstellung als einziges g VKR im schweizerischen Privatrecht verloren hat, gestalten sich die Verhältnisse im geltenden Recht leider nicht mehr ganz so einfach (30). Nur zu einem kleinen Teil werden die Konkurrenzprobleme durch das Gesetz selbst gelöst; meist sind den Gesetzen bestenfalls Anhaltspunkte zu entnehmen. Doktrin und Praxis haben einige Fälle entschieden. Viele Fragen sind aber bisher nur aufgeworfen, jedoch nicht oder nur teilweise beantwortet worden (31).

4.2 Konkurrenz mehrerer Ansprecher aus gleichen g VKRen

Unbestritten ist der "Gesammtzug" (32) bei der Konkurrenz mehrerer Miteigentümer, die den einem Dritten verkauften Anteil erwerben wollen: "Wird das Miteigentümervorkaufsrecht von mehreren oder allen Miteigentümern ausgeübt, so erwirbt mangels besonderer Abmachung jeder eine seinem Anteil entsprechende

---

25) HUEBNER, S. 427.
26) STEINHAUSER, S. 129ff.
27) So auch Satzung 825 des bern. CGB; zum Verkauf an einen Vorkaufsberechtigten siehe oben, § 18, S. 155ff.
28) STEINHAUSER, S. 103.
29) LIVER, ZSR 68 (1949) 68.
30) Vgl. noch WIEDERKEHR, S. 113.
31) FRIEDRICH, ZBGR 51 (1970) 281.
32) Oben, S. 206.

Quote'' (33). Haben Stockwerkeigentümer ein VKR vereinbart und machen mehrere davon Gebrauch, so erwerben auch sie das betreffende Stockwerk zu Miteigentum im Verhältnis ihrer Wertquoten (34).

Etwas weniger leicht sind die Verhältnisse beim Baurecht zu überblicken. Wir unterscheiden zwischen ''horizontaler'' und ''vertikaler'' Konkurrenz. Von horizontaler Konkurrenz sprechen wir, wenn ein Grundstück mit mehreren Baurechten zweiten Grades belastet ist. Werden nun das Grundstück bzw. das Oberbaurecht veräussert, können sämtliche Bau- bzw. Unterbauberechtigte ihr g VKR geltend machen, wobei sich jedoch für einmal gar kein Problem ergibt, da sich der Anspruch eines jeden auf ein anderes Vorkaufsobjekt bezieht, nämlich nur auf den Teil des Bodens, der durch die Ausübung des Baurechts in Anspruch genommen wird (Art. 682 Abs. 2 ZGB). Vertikale Konkurrenz dagegen ergibt sich bei Veräusserung eines mit einem Unterbaurecht belasteten Oberbaurechts, da nun der Grundeigentümer sein VKR auf das ganze Oberbaurecht, der Unterbauberechtigte sein VKR bezüglich eines Teils des Oberbaurechts anmelden kann. Unsere Lösung für dieses Konkurrenzproblem haben wir bereits dargelegt: Ein VKR muss vor dem andern zurückweichen, und zwar das VKR des Unterbauberechtigten vor dem des Grundeigentümers bzw. das VKR des Baurechtsinhabers höheren Grades vor dem des Baurechtsinhabers tieferen Grades (35).

Beim bäuerlichen VKR regelt das Gesetz selbst verschiedene Konkurrenzfragen. So bestimmt Art. 11 EGG die unter den vorkaufsberechtigten Verwandten zu beachtende Reihenfolge: Kinder, Enkel, Ehegatte, Eltern, gegebenenfalls Geschwister oder Nachkommen der Geschwister. Machen mehrere Personen im gleichen Rang ein VKR geltend, können sie sich entweder zu einer Gemeinderschaft zusammenschliessen oder aber es erhält derjenige den Vorzug, der die Liegenschaft selbst bewirtschaften will und dafür geeignet erscheint. Ferner erhielten vor der Revision des bäuerlichen Zivilrechts noch die männlichen Verwandten den Vorzug vor den weiblichen (36). Ergeben sich dennoch Probleme, weil z. B. zwei Söhne das Heimwesen zur Selbstbewirtschaftung übernehmen wollen und beide als geeignet erscheinen, so hat der Richter unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Vorkaufsberechtigten zu entscheiden (37). Streitigkeiten haben sich

---

33) MEIER-HAYOZ, N. 79 zu Art. 682 ZGB; Prot Exp Komm ZGB III, S. 52; LEEMANN, N. 19 zu Art. 682 ZGB; HAAB, N. 55 zu Art. 681/82 ZGB. Analoges gilt, wenn mehrere durch rechtsgeschäftliches VKR Begünstigte das VKR im ganzen ausüben: LEEMANN, N. 61 zu Art. 681 ZGB; HAAB, N. 38 und 55 zu Art. 681/82 ZGB; BGE 92 II 153 E. 3.

34) FRIEDRICH, Reglement, N. 9 zu § 48.

35) Oben, § 12, S. 94 ; FREIMUELLER, S. 97. - Eine Kollision des VKRs von Bauberechtigtem und Unterbauberechtigtem kann nicht entstehen, da Vorkaufsobjekt für den Unterbauberechtigten nicht das Grundstück, sondern nur das Oberbaurecht ist.

36) Art. 11 Abs. 2a EGG; anders heute Art. 11 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 EGG (AS 1973 96).

37) Neuer Art. 11 Abs. 2 EGG.

aber der einlässlich formulierten Regelung zum Trotz nicht vermeiden lassen (38). So hatte das Bundesgericht, weil das Gesetz die Frage nicht klärte, zu entscheiden, dass ein Verwandter sein VKR nicht ausüben könne, wenn der Erwerber der Liegenschaft mit dem Verkäufer gleich nahe verwandt sei wie er und somit im gleichen Rang vorkaufsberechtigt (39). Die unerfreuliche Nebenerscheinung in diesem Fall, dass nämlich der zur Selbstbewirtschaftung bereite Vorkaufsberechtigte nicht zum Zuge kam und das Heimwesen an einen Verwandten ging, der es nicht selbst bewirtschaftete, beruhte indessen nicht auf dem richtigen Entscheid der Konkurrenzfrage, sondern auf einer der Lücken des EGG, die das Gericht nicht ausfüllen zu dürfen glaubte (40).

Bei öffentlichen VKRen dürften intere Konkurrenzprobleme selten sein, da ja das Gemeinwesen vorkaufsberechtigt ist und sich im Normalfall aus dem Wortlaut des Gesetzes oder dann aus der Interpretation ergeben sollte, ob die Gemeinde oder eventuell der Kanton berechtigt ist (41). Hingegen ist denkbar, dass sich ein durch ein öffentliches VKR belastetes Grundstück über mehr als eine Gemeinde erstreckt. Somit stellt sich die Frage, ob nur die Gemeinde, auf deren Boden der flächenmässig grösste Teil des Grundstücks liegt, zum Zuge kommen soll oder ob alle betroffenen Gemeinden zusammen oder jede für den auf ihr Gebiet entfallenden Anteil des VKR ausüben können. Die von GLAUSER vorgeschlagene Lösung der gemeinsamen Geltendmachung durch alle Gemeinden zusammen verdient auch u. E. den Vorzug (42).

4.3 Konkurrenz mehrerer Ansprecher aus verschiedenen g VKRen

4.3.1 Verhältnis der VKRe von Art. 682 Abs. 1 und 2 ZGB zueinander, wenn das belastete Grundstück oder das Baurecht im Miteigentum stehen

Das belastete Grundstück oder das Baurecht oder beide können im Miteigentum stehen. Abzuklären ist, ob sich in diesen Fällen die g VKRe der Absätze 1 und 2 von Art. 682 ZGB konkurrenzieren und, wenn ja, welchem der VKRe der Vorrang zu geben ist.

Die Frage ist umstritten. MEIER-HAYOZ bejaht die Konkurrenz. Er stellt fest, dass den Miteigentümern am Baurecht oder am belasteten Grundstück gegenseitig das VKR des Absatzes 1 zusteht und dass im Verhältnis zu diesem VKR dasjenige des Absatzes 2 nur subsidiär zum Zuge kommt. Die Tatsache, dass die Miteigen-

---

38) Zu einer vernünftigen Auslegung der gesetzlichen Rangordnung vgl. LIVER, ZSR 68 (1949) 43f., 54 und 68.

39) BGE 82 II 468 = Pr 45 Nr. 159.

40) Vgl. LIVER, Besprechung des Entscheides in ZBJV 94 (1958) 60f.; oben, § 12, S. 115.

41) Art. 196 Ziff. 1 des appenzell EG z ZGB legt eine klare Reihenfolge fest: "Die Gemeinde und, wenn sie davon keinen Gebrauch macht, der Kanton, hat von Gesetzes wegen ein Erwerbsrecht ...".

42) GLAUSER, S. 62.

tümer als geschlossene Gemeinschaft den aus Absatz 2 Vorkaufsberechtigten entgegentreten und als solche ein Interesse haben, einen missliebigen Dritten fernzuhalten, hat ihn zum Entscheid bewogen, das Miteigentümervorkaufsrecht dem baurechtlichen VKR vorgehen zu lassen (43). Auch SCHNEEBERGER, der sich in einem Referat gegen das damals noch nicht Gesetz gewordene VKR des Bauberechtigten wandte, sieht für den Fall, dass sich das Baurecht im Miteigentum befindet und ein Miteigentümer seinen Anteil veräussert, eine unerwünschte Konkurrenz zwischen dem Grundeigentümer und den Mitinhabern des Baurechts, die ihr VKR ausüben wollen; er befürwortet ebenfalls den Vorrang des Miteigentümervorkaufsrechts, so dass der Grundeigentümer erst zum Zuge käme, wenn kein Miteigentümer den Anteil an sich zieht (44).

Anderer Auffassung ist FREIMUELLER (45). Er verneint das Vorliegen einer echten Konkurrenz. Zu recht legt er dar, dass der Gegenstand von Miteigentümervorkaufsrecht und baurechtlichem VKR nicht der gleiche ist. Wird ein im Miteigentum stehendes Grundstück im ganzen oder wird ein realer Teil davon veräussert - z. B. die im Baurecht abgegebene Fläche -, sind die einzelnen Miteigentümer nicht vorkaufsberechtigt (46). Nur der aus dem Baurechtsverhältnis Vorkaufsberechtigte kann Anspruch erheben. Analoges gilt beim Verkauf des ganzen, sich im Miteigentum befindlichen Baurechts; die Miteigentümer sind nicht vorkaufsberechtigt. Umgekehrt liegt kein Vorkaufsfall im Sinne von Art. 682 Abs. 2 ZGB vor, wenn ein Miteigentümer seinen Anteil veräussert.

Wenn auch MEIER-HAYOZ und FREIMUELLER auf verschiedenen rechtlichen Wegen zum praktisch gleichen Ergebnis gelangen, vermag doch die Lösung FREIMUELLERS besser zu überzeugen. Wir teilen seine Auffassung. Zwar lässt sich die von SCHNEEBERGER hervorgehobene Möglichkeit der Umgehung der Absicht des Gesetzgebers nicht ausschalten: Falls die Miteigentümer des Grundstücks bzw. des Baurechts ihre Anteile sukzessive auf einen Dritten übertragen, kommt eine Handänderung zustande, die der aus dem Baurechtsverhältnis Vorkaufsberechtigte nicht verhindern kann (47). MEIER-HAYOZ schaltet die Gefahr aus, indem er subsidiär, wenn die Miteigentümer ihr Recht nicht ausüben, den aus dem Baurechtsverhältnis Berechtigten zum Zuge kommen lässt und für ihn auch bei der Begründung von Miteigentum am Baurecht oder am belasteten Grundstück den Vorkaufsfall bejaht (48). Verneint man indessen mit FREIMUELLER eine Kollision der g VKRe aus Art. 682 Abs. 1 und 2, so bilden beide Tatbestände von Gesetzes wegen keinen Vorkaufsfall im Sinne von Art. 682 Abs. 2 ZGB. Diese Konsequenz nehmen wir aber aus verschiedenen Gründen gerne in Kauf. Einmal dürfte eine Umgehung des baurechtlichen VKRs auf diesem Wege praktisch selten vorkommen, ist doch das

---

43) MEIER-HAYOZ, N. 29 zu Art. 682 ZGB.
44) SCHNEEBERGER, ZBGR 41 (1960) 289.
45) FREIMUELLER, S. 97.
46) MEIER-HAYOZ, N. 65 zu Art. 682 ZGB; BGE 75 II 133; 80 II 372ff.; 81 II 639; oben, § 18, S. 154.
47) SCHNEEBERGER, a.a.O.
48) MEIER-HAYOZ, N. 29 zu Art. 682 ZGB.

Prozedere bereits bei nur zwei Miteigentümern recht umständlich: Der Verkauf eines jeden Anteils untersteht den Formvorschriften des Grundstückverkehrs, und die Umgehungsabsicht wäre nur schwer zu tarnen. Im weiteren steht es den Parteien ja frei, das VKR von Art. 682 Abs. 2 abzuändern und ein dem Miteigentümervorkaufsrecht nachgehendes VKR für den Fall der Veräusserung von Miteigentumsanteilen am Grundstück bzw. am Baurecht zu vereinbaren. Das Bejahen dieses Anspruchs schon von Gesetzes wegen hat ohnehin unerwünschte Auswirkungen: Erwirbt beispielsweise der Bauberechtigte einen Miteigentumsanteil am Boden, weil die übrigen Miteigentümer ihr Recht aus finanziellen Gründen nicht ausüben konnten, kommt es unweigerlich zu einem die übrigen Miteigentümer belastenden Interessenkonflikt. Einstimmigkeit in der Beschlussfassung bezüglich des Vorgehens gegen den säumigen Bauberechtigten, der den Baurechtszins nicht bezahlt, dürfte unmöglich geworden sein.

Auch die Ansicht, dass Grundeigentümer bzw. Bauberechtigter ihr VKR von Gesetzes wegen ausüben könnten, wenn am Baurecht bzw. am Grundstück Miteigentum begründet wird, überzeugt u.E. nicht (49). Die ohnehin seltene Einräumung eines Miteigentumsanteils durch Verkauf (50) muss sich der Baurechtspartner gefallen lassen, da der Dritte im Bunde, der neue Miteigentümer, ja zumindest der das Miteigentum begründenden Partei genehm ist. Auch der Zweck der Konsolidation des Eigentums muss in den Hintergrund treten, da der bisherige Alleineigentümer in seinen Befugnissen sonst übermässig eingeschränkt würde. Bei der Begründung von Miteigentum infolge Ablebens des Alleineigentümers ist aber ein Vorkaufsfall für den Baurechtspartner aus noch zwingenderen Gründen nicht anzunehmen. Falls Grundstück oder Baurecht auf dem Weg über die Erbengemeinschaft infolge Teilungsvertrags ins Miteigentum mehrerer Erben gelangen, kann kein Vorkaufsfall vorliegen, da die Erben keinen Vorkaufsfall herbeiführen wollten. Der Vorkaufsfall muss aber vom Vorkaufsverpflichteten freiwillig herbeigeführt werden, ansonsten wir es mit einem bedingten Kaufsrecht, nicht mehr mit einem VKR zu tun haben (51).

4.3.2 Verhältnis der VKRe von Art. 682 ZGB zum bäuerlichen VKR

Nach Art. 6 Abs. 3 lit. a EGG geht das Miteigentümervorkaufsrecht dem bäuerlichen VKR vor. Der Gesetzgeber hat somit dem Zweck des Miteigentümervorkaufsrechts,

---

49) A.M. MEIER-HAYOZ, a.a.O., und, um die Umgehungsmöglichkeit auszuschliessen, auch JOST für das bäuerliche VKR, Handkommentar, N. 10 aa) zu Art. 6 EGG. Verkauft indessen der Grundeigentümer den Boden und behält nur einen Miteigentumsanteil von 1/50 oder 1/100 für sich, so dürfte u.E. die Umgehungsabsicht klar zu Tage liegen, der Baurechtsinhaber seinen Anspruch also durchsetzen können.

50) Es wäre immerhin denkbar, dass der Grundeigentümer in einer finanziellen Notlage eine ideelle Quote des Bodens verkauft, da er die Liegenschaft nicht mehr weiter belasten kann.

51) Oben, § 18, S. 159 und § 19, S. 192f.

die Gemeinschaft vor dem Eindringen unliebsamer Dritter zu schützen und das Alleineigentum zu fördern, den Vorrang vor der agrarrechtlichen Zielsetzung geben wollen (52).

Eine echte Konkurrenz zwischen Miteigentümervorkaufsrecht und bäuerlichem VKR gibt es aber sowenig wie zwischen Miteigentümervorkaufsrecht und baurechtlichem VKR, da das Miteigentümervorkaufsrecht nur beim Verkauf eines Anteils, einer ideellen Quote, das agrarrechtliche VKR dagegen auch nur bei Verkauf des ganzen landwirtschaftlichen Gewerbes oder eines Teils davon, also eines realen Objekts, zur Anwendung kommt (53). Indessen hat das Bundesgericht zu entscheiden gehabt, dass beim Verkauf eines im Miteigentum stehenden Gewerbes als Ganzem das bäuerliche VKR hinsichtlich des Ganzen nur den Personen zusteht, die mit sämtlichen Miteigentümern verwandt sind (54).

Zur Kollision könnte es zwischen dem bäuerlichen und dem baurechtlichen VKR kommen, da der Gegenstand der beiden VKRe derselbe ist. Da die g VKRe im Baurechtsverhältnis dem gleichen Zweck dienen wie das Miteigentümervorkaufsrecht, müssten per analogiam auch sie dem bäuerlichen VKR vorgehen (55). In der Praxis dürften solche Fälle allerdings selten sein. Entweder beansprucht das Baurecht das ganze Grundstück - dann wird die Liegenschaft kaum mehr als landwirtschaftliches Gewerbe anzusprechen sein - oder es beansprucht nur eine kleine Parzelle - dann wird der Bauberechtigte sein Recht ausüben, und in zweiter Linie kommen die Verwandten zum Zuge, sofern der verbleibende Teil noch Grundlage zu einer selbständigen Existenz bietet.

---

52) JOST, Handkommentar, N. 10 a zu Art. 6 EGG; MEIER-HAYOZ, N. 30 zu Art. 682 ZGB.

53) JENNY, SJZ 49 (1953) 42, konstruiert als Beispiel einer möglichen Konkurrenz den Fall, in welchem zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe neben Liegenschaften noch ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück gehört.

54) BGE 81 II 635ff.

55) MEIER-HAYOZ, N. 31 zu Art. 682 ZGB.